julio-diciembre 2018 No. 45

Revista de la Facultad de Derecho

2ª Época

Publicación semestral

ARBITRADA

Indexada en:
DOAJ
REDIB
SciELO
DIALNET
LATINDEX
PORTAL TIMBÓ
REPOSITORIO COLIBRÍ



Montevideo
Facultad de Derecho
Universidad de la República
2018

Definición de la Revista*: La Revista de la Facultad de Derecho, de la Universidad de la República, es una publicación de carácter académico, arbitrada, que tiene por objeto contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica y las ciencias sociales, promoviendo el análisis crítico y plural sobre temas relevantes de las diferentes áreas de trabajo de la Facultad de Derecho.*

La recepción de originales permanece abierta todo el año.

La Facultad de Derecho no se responsabiliza por las opiniones emitidas por los autores/as en sus trabajos.

Editora:
Lic. Teresa Morelli - *Facultad de Derecho, Universidad de la República*

Diseño y diagramación:
Proc. Gonzalo Esnal Bornes

Administración y correspondencia:
Facultad de Derecho
Comisión de Publicaciones
Avda. 18 de Julio 1824 - CP. 11.200
Montevideo - Uruguay
Teléfonos: (+598) 2408 3311 int. 112

Correo electrónico:
editor@fder.edu.uy

Página Web de la Revista:
http://revista.fder.edu.uy

Portal de Publicaciones de Facultad de Derecho:
http://publicaciones.fder.edu.uy

Novedades sobre publicaciones en la web de Facultad:
www.fder.edu.uy/publicaciones

ISSN 0797-8316
eISSN 2301-0665



Evaluadores externos 2018

Alvarez, Luciana ─ Universidad de Buenos Aires, Argentina

Abreu Valdivia, Omar ─ Universidad Técnica del Norte, Ecuador

Arrighi, Paul F. ─ Universidad de la República, Uruguay

Banacloche Palao, Julio ─ Universidad Complutense de Madrid, España

Benfeld Escobar, Johann ─ Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Benfeld Escobar, Johann ─ Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Boselli de Frigerio, Teresa ─ Universidad de Buenos Aires, Argentina

Boza i Rucosa, Marta ─ Universitat de Barcelona, España

Cabrera Peña, Karen Isabel ─ Universidad del Norte, Colombia

Caycedo Guio, Rosa María ─ Universidad Cooperativa de Colombia

Caycedo Guio, Rosa María ─ Universidad Cooperativa de Colombia

Cerda Silva, Alberto Jacob ─ Universidad de Chile

Cordero Quinzacara, Eduardo ─ Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Cunha , José Ricardo ─ Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro, Brasil

Dabove, María Isolina ─ Universidad de Buenos Aires, Argentina

Delgado, María del Huerto ─ Universidad de la República, Uruguay

Delio Machado, Luis ─ Universidad de la República, Uruguay

Engelmann, Fabiano ─ Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Fabián Ruiz, José ─ Universidad Autónoma de Nuevo León, México

Foladori, Guillermo ─ Universidad Autónoma de Zacatecas, México

Fonseca Ramírez, Reyes Baltazar ─ Universidad de Sonora, Mexico

Freitas da Rocha, Joaquim Manuel ─ Universidade do Minho, Portugal

Fresnedo de Aguirre, Cecilia ─ Universidad de la República, Uruguay

Giuffra, Carolina ─ Universidad de la República, Uruguay

González Ramírez, Isabel Ximena ─ Universidad Central de Chile

Gorosito Zuluaga, Ricardo ─ Universidad de la República, Uruguay

Gorra, Daniel Gustavo ─ Universidad Nacional de San Luis, Argentina

Hornero Mendéz, Cesar ─ Universidad Pablo Olavide, Sevilla, España

Invernizzi, Noela ─ Universidade Federal do Paraná, Argentina

Jaramillo Jassir, Mauricio ─ Universidad del Rosario, Colombia

Largo Gil, Rita ─ Universidad de Zaragoza, España

Lasheras Mayoral, Nuria ─ Universidad Carlos III de Madrid, España

Lopes Bozzi, Claudemir ─ Universidade Estadual de Londrina, Brasil

López Talavera, Maria del Mar ─ Universidad Complutense de Madrid, España

Magri Diaz, Altair Jesica ─ Universidad de la República, Uruguay

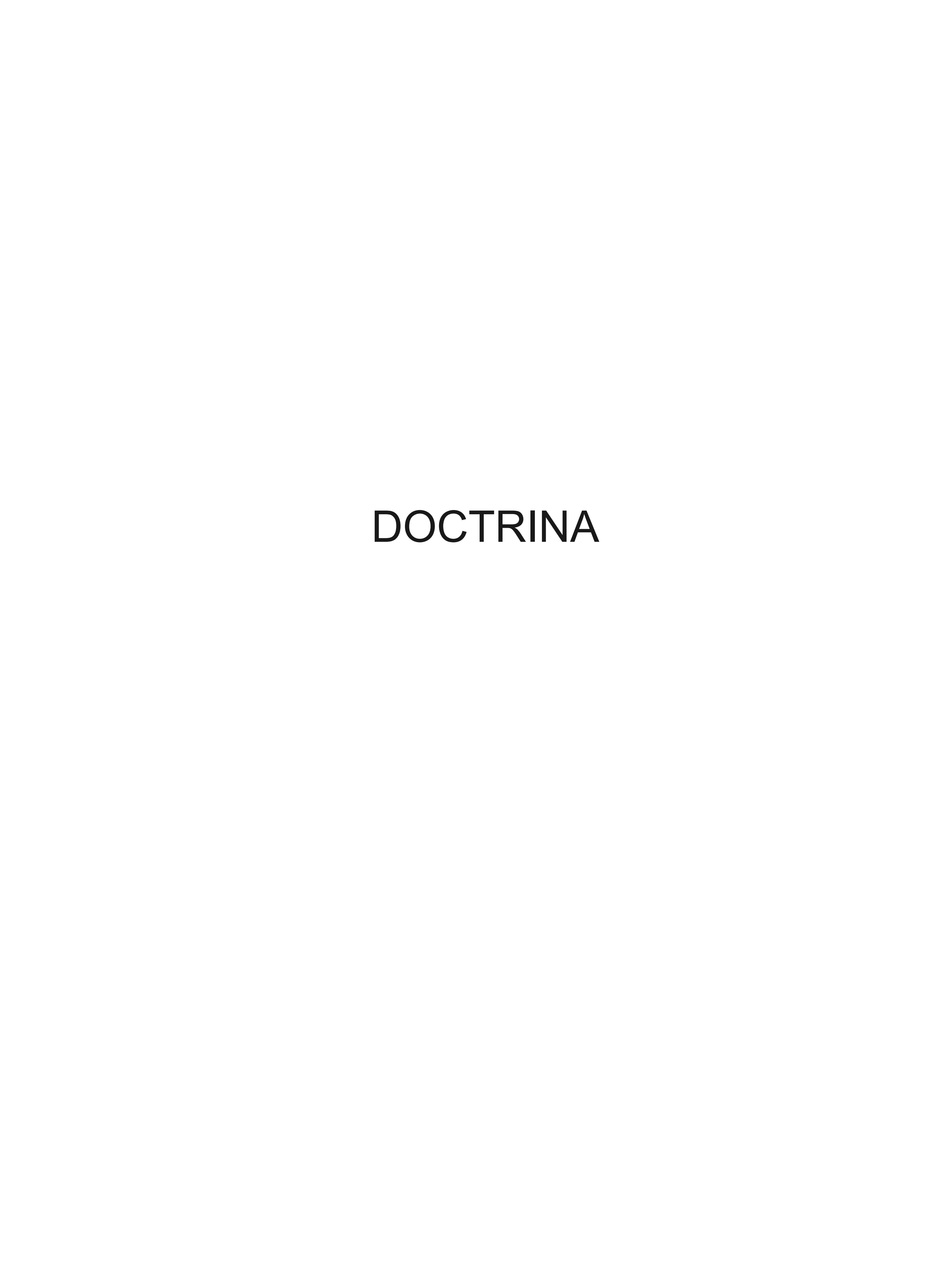
Tabla de contenido

Revista de la Facultad de Derecho
No. 45, julio-diciembre 2018

DOCTRINA

RECENSIONES

Instrucciones para los autores



DOCTRINA

Doctrina

María Luisa Aguerre⇘

Una reflexión sobre el concepto de totalitarismo

A Reflection About the Concept of Totalitarianism

Uma reflexâo sobre o conceito de totalitarismo

Resumen: *En este trabajo se trata de justificar el concepto de "Totalitarismo" para designar los dos regímenes más violentos y criminales del siglo XX: el estalinismo y el nazismo. Sus críticos han negado que este concepto pueda ser aplicarlo al período de gobierno de Stalin en la Unión Soviética, con el justificativo de que la violencia era necesaria para la industrialización y el progreso de ese país. Nosotros consideramos que las identidades entre el nacionalsocialismo y el comunismo bolchevique son mucho mayores que sus diferencias y por lo tanto se justifica el uso del término "totalitarismo" para aludir a ambos regímenes. Al final se discute la versión expuesta por el historiador italiano Enzo Traverso en su libro "Totalitarismo".*

Palabras clave: *totalitarismo, racismo, anti liberalismo, anti capitalismo, mito, expansión imperialista.*

Abstract: *This paper aims to justify the concept of "Totalitarianism" to designate the most violent and criminal regimes of the Twentieth Century: Stalinism and Nazism. Its critics have denied that this concept can be applied to the period of government of Stalin in Soviet Union, with the justification that violence was necessary for the industrialization and progress of that country. We consider that the identities between National Socialism and Bolshevik Communism are much greater than their differences and therefore justify the use of the term "Totalitarianism" to allude to both regimes. In the end, the version discussed I the exposed by the Italian historian Enzo Traverso in his book "Totalitarianism".*

Keywords: *Totalitarianism, Racism, Anti-Liberalism, Anti Capitalism, Myths, Imperialistic Expansionism.*

⇘ Mag. en Ciencia Política. Facultad de Derecho. Universidad de la República. Uruguay.
✉ *aluisaguerre@hotmail.com*

Resumo: *Este artigo tem por objetivo de justificar o conceito de "Totalitarismo" para descrever os dois regimes mais violentos e criminosos do século XX: Stalinismo eo Nazismo. Seus críticos têm negado que este conceito pode ser aplicado para o período de governo de Stalin na Uniâo Soviética, com a justificativa de que a violência era necessária para a industrializaçâo eo progresso do país. Acreditamos que as identidades entre Nacional Socialismo e Bolchevique Comunismo sâo muito maiores do que as suas diferenças e, portanto, justificar o uso do termo "Totalitarismo" para se referir a ambos os regimes. No final, a versâo disputada è exposta pelo historiador italiano Enzo Traverso em seu libro ·totalitarismo".*

Palavras-chave: *totalitarismo, racismo, anti-liberalism, anti-capitalismo, mito, expansionismo imperialista.*

Recibido: 20170704
Aceptado: 20180530

¿Por qué el concepto de totalitarismo sigue siendo discutido en algunos ámbitos académicos? ¿Cuál es la razón por la que la opinión pública en nuestro país y en el mundo se horroriza, justificadamente, por los crímenes del nazismo, y no sabe, no habla o no conoce los cometidos por el estalinismo entre 1924 y 1953 en la ex unión soviética? Este tema me había generado siempre cierta incomodidad y me preguntaba por qué existía esa diferencia en la consideración pública entre los regímenes de Hitler y Stalin, cuando el uso de la violencia extrema como arma política masiva fue usada por ambos sin contemplaciones. Corroboró esta apreciación la lectura de la introducción de Anne Applebaum a su libro "Gulags", cuando se hace estas mismas preguntas acerca de la indiferencia con que suele recibirse lo relacionado al régimen soviético, frente a la indignación y rechazo provocado por el nazismo. Relata la autora que en un viaje por Praga, algo que pude comprobar por mi misma más tarde, se encontró con numerosos vendedores callejeros ofertando gorras, insignias, prendedores con fotos de Stalin y otros líderes comunistas que solían usar los escolares sobre sus túnicas y los turistas compraban sonrientes esos accesorios para colocarlos sobre sus ropas. "Parece una observación sin importancia, pero es indicadora de un estado de ánimo cultural, mientras el símbolo de un asesinato masivo nos llena de horror, el otro asesinato masivo nos hace sonreír" (Applebaum, 2012, 28).

En este artículo nos interesa abordar desde el punto de vista de la Ciencia Política si el término "totalitarismo" es el adecuado cuando equiparamos al nazismo con el estalinismo y si responde al funcionamiento real de los dos sistemas, beneficiándonos con la comprensión del fenómeno, es un concepto que ha sido objetado por algunos autores marxistas occidentales con diferentes argumentos y frontalmente rechazado por el Partido Comunista desde siempre. Ningún acontecimiento histórico es absolutamente gemelo a otro, cada caso tiene algo de único e irrepetible, porque las condiciones en las que se dan los fenómenos tienen particularidades sociales, geográficas y económicas imponderables. Se trata en este trabajo de averiguar si son más numerosas y cruciales las "semejanzas", basándonos en los hechos reales y las condiciones que los desencadenaron, entre estos dos regímenes enfrentados como acérri-

mos enemigos, pero que usaron los mismos medios para lograr sus fines y compartieron una parte importante de sus propias ideologías como el partido único, un particular concepto de democracia, la estatización de la economía, la centralización absoluta del poder, entre otros. En segundo lugar, examinaremos brevemente algunos argumentos habituales en la dirección inversa, es decir la de profundizar las diferencias entre ambos regímenes, a partir del libro "Totalitarismo" del historiador italiano Enzo Traverso, principalmente su capítulo XII. El libro adquiere un interés especial para nosotros porque es de uso corriente en la cátedra de Ciencia Política de nuestra Facultad.

Después del derrumbe del régimen soviético, los académicos rusos y también los occidentales se lanzaron a la búsqueda de datos en los archivos secretos recién abiertos al público y se publicaron multitud de memorias y relatos de los sobrevivientes de la catástrofe, suficientes como para formarse una idea clara de los hechos. Hoy se pueden calcular números, porque en algunos casos, como los famosos "campos de trabajo" llamados por su sigla "Gulags", uno de los lugares más siniestros de tortura y muerte, por donde pasaron 18 millones de personas (Applebaum, 2012, 21), se llevaba una documentación exhaustiva de los movimientos de entrada, salida y muertes ocurridas en los campos para mejor información de las autoridades, en otros casos son estimativas, por la falta de datos seguros sobre exterminios y deportaciones, que si bien fueron autorizados por Stalin, porque están los documentos con su firma, fueron ejecutadas de forma irregular por los verdugos encargados de realizarlas, generalmente aumentando el número de crímenes.

Vayamos al primer punto de lo propuesto para este trabajo: la comparación entre los dos regímenes, el nazismo y el estalinismo, de acuerdo a las principales características que los unen para clasificar dentro de la categoría "totalitarismo". No están relacionadas ni con la personalidad individual de Hitler y de Stalin que fueron diametralmente opuestas, ni siquiera con lo que ellos puedan haber expresado en el discurso a un público cautivo o mediante la propaganda masiva para el extranjero donde siempre se situaban como amantes de la paz y de los derechos de los pueblos. Las categorías comunes las analizaremos como grandes temas relacionados entre sí, aún cuando son susceptibles de subdividirse en diversos ítems:

a) la primer Guerra Mundial (modernidad, ingreso de las masas a la política, desarrollo científico y tecnológico, política y burocracia)

b) ideología y violencia de estado
c) antiliberalismo, anti capitalismo y democracia
d) racismo, antisemitismo y nacionalismo
e) oposición del mito a la razón
f) expansionismo imperialista

a) la primer Guerra Mundial

La modernidad está asociada siempre a la aparición de las grandes masas en la política. Las personas que habían permanecido olvidadas en los campos bajo sistemas tradicionales irrumpen en las grandes ciudades en los últimos 40 años del siglo XIX, las conquistas de la ciencia aumentan los nacimientos y las posibilidades de mantenerse con vida, y se plantea entonces a los políticos la interrogante de cómo dominar esa masa cada vez más exigente respecto a sus derechos. En Inglaterra la incorporación a la política se hizo de manera paulatina a medida que el desarrollo económico lo permitía y bajo regímenes liberales respetuosos de las libertades y los derechos individuales, lo cual permitió finalmente desembocar en la democracia cuando todos pudieron votar antes de terminar el siglo. En Alemania y Rusia la participación política se da después de la 1ra. Guerra Mundial (1914-1918), acontecimiento terriblemente traumático que dejó a ambos pueblos destrozados y en la miseria.

Los países europeos no comprendieron el problema de riesgo que se presentaba al término de la guerra con sus desmedidas exigencias hacia la nación perdedora, y cada uno trató de mejorar las condiciones de vida de sus propios países a costa de desangrar a Alemania, desentendiéndose de toda culpa por el desastre bélico. (Stevenson, D., 2015)

Si bien Alemania había conocido antes de la Guerra un régimen liberal clásico, Parlamento, división de poderes, Estado de derecho, etc., su funcionamiento dejaba mucho que desear, el poder político seguía concentrado en el Kaiser y su ministro Canciller. La sociedad amparaba un sistema de división de clases de origen feudal, donde una aristocracia hereditaria mantenía su hegemonía y la hacía valer por medio de su representante el Emperador Guillermo II. (McMillan, M., 2013)

En el caso de Rusia, la Duma o Parlamento era más bien decorativo, ni siquiera estaba constituido como Poder Legislativo, al contrario de Alemania

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a14

con una tradición cultural de muy larga data, Rusia se presentaba como un país atrasado donde la masa de campesinos, aproximadamente el 80% de la población, recién había sido exonerada de su situación servil en 1862, y se mantenía fuera de toda participación política. Fue a consecuencia de la "Gran Guerra" que el pueblo ruso tomó conciencia de su situación, cuando millones de soldados murieron en el campo de batalla, la mayoría de origen campesino, por una causa que ellos no llegaban a comprender y comenzaron a dimitir y a manifestar su voluntad de no pelear más, iniciándose una resistencia activa con la formación de comités (soviets) de soldados y campesinos, una manifestación rudimentaria pero muy importante de expresión democrática. Como consecuencia de esa desobediencia a los mandos militares, se desencadena la revolución de 1917, la renuncia del zar y la toma del poder por los bolcheviques. Los dirigentes comunistas, un pequeño grupo de revolucionarios profesionales, intelectuales de clase media, perciben que está en juego dominar a esas masas recién salidas de su adormecimiento feudal y planean conducirlas a la utopía de la sociedad igualitarista sin clases, con antecedentes en los movimientos agrarios de fines del siglo anterior.

El avance hacia el totalitarismo en Alemania fue más sinuoso, pero con acontecimientos similares, la caída del imperio, estuvo precedida por la revuelta de los marineros de Kiel, en octubre de 1918 cuando se negaron a poner en marcha sus barcos para atacar a la flota inglesa en un intento desesperado de sus mandos por realizar un acto heroico que cambiara el destino, a esa altura inexorable, del desenlace de la guerra, ese gesto se transmitió a los efectivos de tierra, y que en una expansión fulminante de sus demandas terminaron por pedirle la renuncia al Emperador. En una muestra de increíble autonomía los soldados, los marineros, los trabajadores y hasta los artistas, comenzaron a formar comités corporativos y a expresarse como nunca lo habían hecho antes. El 9 de noviembre de 1918, mientras decenas de miles de personas se reunían en plazas públicas en el centro de Berlín, abdicó el Kaiser Guillermo II y se proclamó la República. Durante el período comprendido entre 1918 y 1924 se establecieron todas las libertades en Alemania de manera irrestricta y el voto universal para hombres y mujeres por la intervención del mayoritario partido Social Demócrata unido al Partido de Zentum, católico, y al Partido del Progreso (liberal moderado). Alemania pudo haberse salvado de su nefasto destino con el nazismo porque la recuperación de la vida artística, intelectual y política fue muy promisoria.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a14

La Gran Guerra abrió también los ojos de los dirigentes en cuanto a la posibilidad de arrastrar al frente de batalla a grandes contingentes de personas reclutadas, o bien respetando su propia voluntad como en Inglaterra, o haciendo obligatoria la leva de personas, se trataba de algo inédito porque hasta entonces las batallas se hacían con ejércitos profesionales. Al principio de la guerra la sociedad de masas parecía una fuente inagotable de recursos, la cantidad de muertos era enorme, pero cada año se reclutaba una porción mayor de los nacidos el año siguiente de la leva anterior, hasta que la muerte masiva mermó los reclutas, y se vio que no era como habían creído al principio, las posibilidades no eran infinitas. Quedó claro, sin embargo, el uso y la manipulación a que se podía someter a las sociedades, siempre que se actuara con demagogia invocando intereses superiores. Las masas se habían lanzado en 1914 alegremente dispuestas a vencer a un presunto enemigo de la nación, que resultó fantasmagórico y las dejó desechas y en la miseria. Tanto la Revolución Rusa de 1917, como el posterior surgimiento del nazismo, son hijos de la primer Guerra Mundial, donde se sobrepasaron todos los límites de la ética y la moral de occidente.

Se ha dicho muchas veces con razón que los totalitarismos europeos no podrían haberse desarrollado sin el empleo de la técnica moderna. En primer lugar el ingreso de la tecnología marcó un antes y un después durante la guerra, cuando se pusieron en marcha elementos de exterminio jamás imaginados, armas poderosas como el tanque, los grandes cañones y las ametralladoras. La ventaja que mantuvo los cuatro años de guerra, casi hasta el final, Alemania como ejército ocupante, se debió a los adelantos logrados por la ingeniería militar alemana. La tecnología avanzó con pasos gigantescos durante esos años. La industria química alemana aportó los gases venenosos, como el gas mostaza que provocaba ceguera prolongada, muy utilizado con gravísimas consecuencias para miles y miles de combatientes. Se pisotearon todos los estatutos trabajosamente creados durante decenios sobre los límites del ejercicio de la violencia en los conflictos bélicos. El empantanamiento de las expectativas de los dos contrincantes de ganar la guerra, por un lado las llamadas "potencias centrales", el Imperio Austro-húngaro y el de Alemania, aliadas del Imperio Otomano, y del otro Francia, Inglaterra y Rusia, con la ayuda casi al final de la misma, de los Estados Unidos, generó la idea de que la continuidad de la lucha podría desbalancear el empate interminable, a pesar del enorme costo de vidas humanas que esa decisión significaba. El resultado está a la vista, una visión nihilista de que todo era válido para ganar o lograr

una meta, se apoderó de gran parte de la sociedad europea y el hombre común se sintió impotente para defenderse frente al poder de las fuerzas del orden que lo había llevado a esa catástrofe y una visión pesimista cundió, y se transformó en filosofía con el "existencialismo", principalmente en Francia y en Alemania.

Pero la técnica favoreció también la aparición real de los totalitarismos, aportó los medios de dominio necesarios para dividir y luego encapsular a la sociedad de masas. No hubiera sido posible mantener los enormes lugares de confinamiento de personas, ya sean "campos de trabajo o de concentración" sin el número de armas, alambres de púa, y medios de transporte y comunicación existentes entonces. Los regímenes totalitarios quedaron atrapados en sus propias aspiraciones de resultados colosales: industrialización a cualquier costo, obras de ingeniería fabulosas, grandes monumentos y enormes ciudades, y apostaron a lograrlo utilizando la mano de obra esclava que se había usado durante la guerra. Los ferrocarriles, un medio civilizatorio de gran importancia terminó siendo usado en la URSS casi exclusivamente para el traslado de mercadería y de prisioneros que se sumaban a la población de los Gulags en los más remotos lugares. En Alemania, el Fürher ocupaba la mitad de su tiempo con sus equipos de arquitectos e ingenieros, quienes alimentaban su megalomanía de arquitecto frustrado, para concebir obras de gran envergadura que recordarían la grandeza del Tercer Reich por los siglos venideros.

Respecto a la organización, los modernos regímenes autoritarios heredaron una burocracia eficiente, un elemento que los unió a sus pasados imperiales. El sociólogo Max Weber decía que la burocracia era el mejor producto del genio alemán adicto al orden y la disciplina, en contraposición a un funcionamiento mediocre de las instituciones políticas, lo propio ocurría en Rusia donde los zares, a pesar del desorden general en todos los otros aspectos de la vida, logró hacer funcionar una estructura burocrática corrupta, pero que hacía posible el mantenimiento de ese enorme imperio. La burocracia en Alemania se mantuvo en términos generales y estuvo a disposición de los nuevos gobernantes, aunque sus componentes cambiaron con el tiempo. En cambio la URSS, evolucionó hacia una gran "burocracia de partido", porque todos los cargos y administraciones estatales, como los Ministerios tenían un doble en cada Sección del Partido Comunista donde se tomaban realmente las resoluciones (Voslesnsky, M., 1982). Toda la administración del estado estaba en manos de esa burocracia partidaria, despersonalizada, actuando como

una máquina obediente con un gran Jefe a la cabeza, quien sostenido en la férrea unidad ideológica de sus subalternos ocupaba el cargo de Secretario del Partido. La constitución y las leyes seguían existiendo, pero nadie sabía cuáles eran a ciencia cierta, ni se tomaban en cuenta, algunos sugerían que en la URSS se hacía lo que Stalin había pensado la noche anterior. En tanto en la Alemania hitleriana sucedía algo semejante, existía el derecho "prerrogativo" por el cual la voluntad del Fürher estaba por encima de la ley común y cualquier decisión de Hitler eliminaba la norma jurídica que la contradecía.

b) ideología y violencia de estado

1) Expondremos de manera sucesiva la ideología comunista de los bolcheviques porque fue la primera en aparecer en Europa y luego la racista del nacional socialismo que llega como contragolpe de la anterior, aparentemente, mortalmente enfrentadas.

La Revolución rusa de febrero de 1917, había sido posible como vimos por la conmoción de la "Gran Guerra" y sus dirigentes socialistas moderados querían imponer el socialismo marxista de la 2da. Internacional, hasta que en octubre se hicieron con el poder el sector de los radicales bolcheviques dirigidos por Lenin y la idea de colocar a la clase proletaria en el poder mediante la "lucha de clases", se cambia por la del partido revolucionario profesional que tomaría el poder a nombre del proletariado y lo conduciría a la sociedad sin clases mediante una dictadura. El final que justifica la lucha es la igualdad absoluta una vez eliminadas las clases sociales, la prosperidad que seguramente esa situación habría de acompañar, haría la felicidad de la comunidad hasta el fin de los tiempos. Quizá los revolucionarios bolcheviques no estuvieran tan seguros acerca de la redención futura del pueblo ruso, pero por lo menos tendrían a los 170 millones de habitantes de la Unión Soviética en paz bajo su dirección y no en estado de efervescencia revolucionaria como la que había vivido Rusia desde hacía 50 años. Todos los marxistas que convivían en la época estaban de acuerdo con los objetivos últimos, no así con los medios para llegar a ellos, así se habían formado y se seguirían agrupando núcleos muy diversos de opositores con pensamiento propio sobre las tareas a realizar para llegar al socialismo.

La simple enunciación de la utopía podría entusiasmar a jóvenes soñadores y románticos para emprender tal empresa, pero el compromiso que im-

plicaba convertirse en un revolucionario profesional era de una magnitud espeluznante, porque significaba eliminar de la faz de la tierra a la "burguesía", es decir no sólo a los ricos y a los aristócratas que en definitiva no eran tantos, sino a todas las clases medias y a todos aquellos con intención de convertirse en burgueses algún día. Marchar contra la corriente de una tendencia natural de los seres humanos, requirió de un extenso plan estratégico que Stalin cumplió en etapas con crueldad inexorable hasta el fin de su vida.

Después de finalizada la guerra civil, donde en el fragor de la lucha fue posible eliminar grandes cantidades de aristócratas y grandes propietarios y a todos aquellos opositores que no pudieron huir al extranjero, hubo necesidad de un estado de calma, porque entre la "Gran guerra" y la lucha entre "rojos" y zaristas, el país estaba postrado en la ruina y la población en la miseria y el hambre. Lenin proporcionó una pequeña marcha atrás en sus planes socializantes con la NEP, el Nuevo Plan Económico que permitió el surgimiento de una pequeña industria y comercio y continuar con el reparto de la tierra a los campesinos comenzada en tiempos del zar, con lo que éstos obtenían la ansiada propiedad de pequeñas parcelas para trabajar. Hubo una razonable mejora en la situación. Pero la revolución no se había hecho para tan magros objetivos, cuando Stalin en 1924 logró mediante infinita astucia, hacerse con el poder absoluto, las cosas iban a cambiar realmente y entre 30 y 40 millones de seres humanos serían sacrificados en el altar de la lucha de clases.

Pasadas unas pocas semanas de la Revolución de Octubre, Lenin y sus hombres sentían tanta hostilidad a su alrededor entre campesinos y obreros, aquellos en cuyo nombre habían tomado el poder, que decidieron fundar su propia policía política. Un servicio de inteligencia punitivo y disuasorio: la Comisión Extraordinaria para Combatir la Contrarrevolución y el Savotaje, "Checka" por su sigla en ruso. Esta institución va a denominarse sucesivamente GPU, OGP, NKVD, MUD, KGB y FSB pero no fueron más que cambios de nombre, de tal manera que nosotros en adelante la llamaremos "Cheka o policía política".

Los hombres visibles de la Revolución eran Trosky, creador del Ejército Rojo y el ideólogo Lenin, pero requería de un tercer hombre que la defendiera de sus enemigos internos, había que armarla contra la amenaza de muchos que desde la izquierda y la derecha, no deseaban una dictadura marxista, sino un foro democrático y plural. Un activista polaco, Felix Dzierzynski, fue

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a14

elegido como Director de la Cheka, quien creó un servicio para esa función. Así como Lenin sirvió de ejemplo a los futuros líderes del Estado y del Partido soviético, Dzierzynski se convirtió en el modelo a seguir por todos los jefes de la policía política soviética posteriores. Hasta la muerte de Stalin en 1953, le sucedieron en el cargo el también polaco Viacheslav Menzhinki, el judío Guenrij Yagoda, el ruso Nicolai Yerzhov y el georgiano azerí, coterráneo de Stalin, Lavrenti Beria (Rayfield, 2005).

Dzierzynski, un fanático comunista le dio a la Cheka y a las instituciones que la siguieron la imagen de ser "la espada y la llama de la Revolución" y la convicción que debía convertirse en el poder central y supremo de la Unión Soviética. Fue él quien estableció los poderes extralegales de la Cheka, porque su objetivo era aplicar y hacer cumplir sin contemplaciones la ideología comunista, aunque sometió al grupo de asesinos que dirigía al líder del Partido. Sin el apoyo del jefe de la policía secreta, Stalin nunca hubiera llegado al poder absoluto. En 1922 el Director de la Cheka puso el medio millón de paramilitares que controlaba en toda Rusia al servicio de Stalin, sellando así el destino de la URSS, cuando al surgir la oposición entre las líneas de Stalin y de Trotski, eligió al primero, en virtud del "apoyo leal" que éste presentaba a la política de apaciguamiento de Lenin, frente al internacionalismo revolucionario de Trotsky.

En la reseña siguiente sólo anotaremos los hitos más importantes de la lucha entablada entre Stalin y la Cheka contra el pueblo ruso para dominarlo y convertirlo en un rebaño de autómatas. La mayoría de los datos sobre el régimen soviético pertenecen al libro del historiador inglés Donald Rayfield (Rayfield, 2005).

En el verano de 1921, la Cheka ensayó en Petrogrado, por primera vez con éxito las técnicas de terror que utilizaría a mediados de la década de 1930. Los prisioneros eran miembros de la intelectualidad que en una actitud ingenua habían apoyado la revuelta de los marineros del Kronstadt, violentamente reprimidos. Fueron sentenciados a muerte más de 100 personas, entre ellos algunos poetas muy queridos del pueblo ruso. La Cheka de Petrogrado trató a los condenados de manera atroz. Sin embargo, el efecto de aquella matanza incomprensible fue el deseado por las autoridades. Durante los 30 años siguientes y con muy pocas excepciones, los disidentes no se atrevieron a decir lo que pensaban y se limitaron a buscar las condiciones que justificaran su ca-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a14

pitulación. Si la ciencia y el arte querían sobrevivir, tenían que colaborar con el régimen bolchevique. Esa conducta general no salvó a escritores y científicos que tuvieron alguna objeción con las ideas oficiales del régimen respecto a su especialidad, y así en distintas oleadas pero principalmente a partir de 1939, geólogos, ingenieros aéreos, físicos nucleares, biólogos, poetas, autores teatrales, etc. fueron arrestados y asesinados o condenados al hambre al quitársele la tarjeta de racionamiento.

En la primavera de 1922, Lenin, Stalin y Trotski actuaron conjuntamente por última vez. Su objetivo era destruir a la Iglesia ortodoxa rusa, único bastión de ideología hostil que se les oponía. En toda Rusia murieron miles de sacerdotes y monjas y las iglesias fueron destruidas o convertidas en depósito de armas.

Cuando en 1928 empezaron a fracasar los absurdos planes quinquenales de Stalin en la industria, los ingenieros directivos de las empresas fueron acusados de saboteadores y de estar vendidos al extranjero. Como nadie podía afirmar que lo imposible de realizar eran esos planes, el pretexto era acusar a los ingenieros, quienes como profesionales preparados ocupaban un rango más alto en la escala social. Fueron sometidos a juicios ridículos, torturados, y muchos condenados a muerte. Rusia perdió con esta maniobra de Stalin una generación de ingenieros muy preparados en las décadas anteriores, que hubieran sido cruciales para dirigir la transformación estructural deseada y poner a la URSS en el camino del progreso tecnológico. Lo mismo iba a suceder cuando se puso en marcha el proyecto de colectivización de la tierra, los perdedores, además de los campesinos, iban a ser los ingenieros agrónomos, con los cuales se repitió la misma maniobra. Acusados de traición y de espionaje con el enemigo, padecieron todos los sufrimientos que el régimen les tenía preparados y la mayoría murieron o fueron condenados al Gulag.

Según el citado Donald Rayfield el más horrendo de los crímenes de Stalin fue la masacre del campesinado ruso entre 1928 y 1933. Stalin le dijo a Churchill que la colectivización le había costado 10 millones de vidas, pero hoy sabemos que podemos elevar esa cifra al doble. Para sorpresa de las autoridades soviéticas entre las cifras de población del censo de 1937 que se preveían en 1926, año del censo anterior, y los datos reales había 20 millones de personas menos: los infelices que elaboraron el censo con tan malas noticias por supuesto también fueron fusilados.

En verdad Lenin despreciaba a los campesinos por su religiosidad, sólo le interesaban los obreros de la industria, y había propuesto junto con Trosky la colectivización de los campos, y ahora Stalin se ocupaba de llevar a cabo la tarea. Comerciar en privado con las cosechas o no entregarlas al Estado se convirtió en una acción criminal y los que se negaban a la confiscación se convertían en terroristas y eran apresados. El gobierno confiscó hasta el último grano de trigo, porque necesitaba alimentar a los obreros de las ciudades y vender sus cosechas al exterior para comprar maquinaria y tecnología. La gran animosidad entre el campesinado no dejo más opción a las autoridades soviéticas que dar un paso más y esclavizar a la población rural en granjas colectivas. Para eso era necesario eliminar al "Kulag", el campesino que había trabajado más y obtenido mejores resultados de la tierra obtenida en el reparto de los campos. No era necesariamente rico, pero si obtenía un plus de lo que la familia podía consumir. Un campesino pobre era aquel que había perdido su tierra o no podía subsistir en ella y por lo tanto trabajaba para otro. El "gran cambio" anunciado en noviembre de 1929 era un programa de colectivización total en las regiones productoras de cereales. Los Kulaks se resistieron y fueron arrasados por los paramilitares de la Cheka y por el propio Ejército Rojo recurriendo a las ametralladoras y los bombardeos aéreos. Los que quedaron en pie fueron detenidos y fusilados o abandonados en inhóspitas y heladas tierras no cultivables del Polo Ártico o de Kazajstan. Para los funcionarios del Partido enceguecidos por la doctrina, era necesario eliminar a la pequeña burguesía rural, calificándola de "explotadora" aunque sólo hubiera utilizado a un trabajador como empleado.

El cataclismo desencadenado por Stalin provocó un sufrimiento que encuentra pocos equivalentes en la historia de la humanidad, cuando en los años siguientes de 1931 y 1932 debido a la mala gestión de los campos y las requisas de cereal del gobierno, que no dejaba ni un grano a los campesinos para subsistir y poder plantar la siguiente cosecha, la población rural empezó a morirse de hambre. Se calcula que sólo en Ucrania unos 7 millones de campesinos perecieron y en varias regiones del Cáucaso se practicó el canibalismo.

Todo sucedió bajo el silencio y la indiferencia absoluta de Europa y Estados Unidos, preocupadas entonces por la depresión económica, a quienes les convenía comprar alimento a cambio de tecnología. En 1931 se exportaron de la URSS, 5 millones de toneladas de cereal provenientes de las requisas de un campo que padecía hambre. Nadie intercedió por sus víctimas, ni

protestó por lo que estaba ocurriendo. La persecución nazi de los judíos comenzó en 1939 cuando Stalin completó sus iniciativas genocidas de trabajo forzado y erradicación contra el campesinado ruso. El mundo no se quejó a pesar de que se filtraba información, como así tampoco la persecución de Hitler a los judíos despertó grandes resistencias en Europa.

En mayo de 1929 apareció una resolución del Politburó secreta y firmada por Stalin que llevaba por título "Sobre el uso de criminales convictos como fuerza de trabajo" … ¿qué consecuencias tuvo esto? En ese momento los campos de concentración de la URSS se convirtieron en "campos de trabajo correccionales", es decir el Gulag dejó de ser el lugar donde llegaban los opositores políticos para ser una gran empresa de trabajo esclavo, a donde se reclutaba a cientos de miles cada año para trabajar en todos los proyectos de infraestructura y grandes obras públicas incluidos en el Plan Quinquenal de Stalin: la tala de árboles, la minería, la construcción de Canales como el Canal del Mar Blanco (en esa obra murieron 100.000 trabajadores del Gulag de los 300.000 empleados), los ferrocarriles y caminos. Los arrestos ascendieron vertiginosamente, pero el tamaño de los campos no dependía del número de arrestos, sucedía lo contrario, eran las necesidades económicas de los campos con su terrible mortandad por hambre y frío y su inagotable red de trabajadores prescindibles, las que dictaban el número de arrestos.

Los Gulags habían sido creados por Lenin en 1918. En su época de auge en 1942, llegaron a ser 1100 los campos autónomos distribuidos en todo el territorio soviético, desde el Ártico hasta el océano Pacífico divididos a su vez en cientos de pequeños centros (Appelbaum, A., 2012).

El 16 de setiembre de 1932 entró en vigor una ley draconiana: la "Ley de las cinco espigas de trigo", por la cual se castigaba con pena de muerte o de prisión a todo aquel campesino que se apoderara siquiera de un puñado de grano o un repollo y lo guardase para sí. El capitalismo, argumentaba Stalin, había acabado con el feudalismo porque había convertido en sacrosanta la propiedad privada: ahora el socialismo debía superar al capitalismo convirtiendo la propiedad pública en algo "inviolable".

Lo único que preocupó entonces a Stalin fue no permitir que la prensa extrajera se enterara de lo que sucedía. Algunos pocos corresponsales, se animaron a recabar datos de la situación en la región de Kuban en el Cáucaso,

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a14

una de las más afectadas por las hambrunas, las torturas, las flagelaciones y los fusilamientos masivos, pero la opinión pública no les creyó. ¿Cómo Stalin, el líder socialista que abogaba por la paz y los hombres libres del mundo iba a destruir de esa forma a sus propios campesinos?

El genocidio de los campesinos soviéticos sólo encuentra parangón con los asesinatos de los judíos por los nazis, deberíamos ser conscientes de esa tragedia. Buscar una explicación del poder criminal de Stalin y justificar el asesinato de millones de seres humanos por una motivación benévola como la industrialización de Rusia como se sigue repitiendo, no es moralmente aceptable.

Enzo Traverso nos quiere explicar en el Cap. XII de su libro que la noción de totalitarismo tiende a ocultar las diferencias que mantiene el régimen estalinista, heredero del Siglo de la Luces y la tradición racionalista, con su oposición, el nacional socialismo, que constituye su enterrador, en tanto el concepto totalitarismo se limita a subrayar los elementos comunes a estos dos regímenes (Traverso, 2001, 152).

Es cierto que la conquista napoleónica fomentó en los estados alemanes una fuerte reacción anti francesa y a todo lo que su cultura significaba en cuanto al Aufklärung, con el pretexto de no representar la auténtica cultura germana, vinculada al sentimiento, a los orígenes del "volk", de la sangre y la raza. Los nazis se apropiaron de esos principios y rompieron con la tradición racionalista de occidente en Alemania. Lo que resulta más difícil es aceptar que el comunismo soviético, sea el heredero y continuador de la racionalidad del Siglo de las Luces. Se puede considerar una enorme falacia intentar justificar los crímenes políticos en nombre de sus objetivos últimos, de la bondad de un proyecto futuro, de un constructo de la razón, sin un sustento en la realidad del bienestar y felicidad humana, que en definitiva no solo provocó enormes sufrimientos al pueblo ruso en términos de muertes y miserias, sino que terminó desarticulándose ante la negativa de los ciudadanos de continuar con ese experimento. Enzo Traverso quiere salvar el resultado por las "buenas intenciones" aunque el medio haya sido bárbaro, situando al estalinismo como un momento de locura en manos de un tirano, pero por eso mismo pasajero, porque una vez alcanzado un cierto grado de desarrollo económico, se volvería a retomar la trayectoria de occidente hacia el socialismo, que es "el camino de la razón".

Stalin afirmaba continuamente que cuanto más cerca estuviera la sociedad socialista de la victoria y la homogeneidad, más desesperada sería la lucha contra los enemigos. El 1º de diciembre de 1934, en Leningrado mataron a Serguei Kirov, amigo de Stalin, miembro del Politburó y secretario del Comité Central. Ese asesinato marcó el comienzo de una psicosis en masa que habría de azotar a la URSS por espacio de cuatro años, provocado por las fantasías paranoides de Stalin. En verdad, el asesinato de Kirov fue tan sólo una señal para proceder al exterminio de todos los bolcheviques, tanto de derecha como de izquierda que alguna vez se le hubieran opuesto y criticado su línea política. Cualquier acontecimiento le hubiera servido de excusa. Tanto es así que el propio Nikita Krushchev, quien había sido un fiel seguidor de Stalin en las masacres del Cáucaso durante la colectivización, en el discurso pronunciado en las sesiones secretas del 24 y 25 de febrero de 1956 en el XX Congreso del Partido Comunista Soviético, donde se trató de desmitificar la figura de Stalin, habló de la posibilidad de que el propio asesinato de Kirov hubiera sido planeado por Stalin. (Krushchev en su discurso solo criticó las purgas hacia el Partido Comunista y el Ejército Rojo, consideró que todo lo anterior realizado por "el hombre de acero" estaba de acuerdo al pensamiento de Lenin y era correcto) (Informe secreto de Nikita Krushchev, 1956)

Stalin comenzó a urdir una trama o mejor dicho, se mejoró la trama jurídica que había funcionado en los juicios anteriores. Se ajustó una complejísima dramatización de acusaciones mutuas de los arrestados, que se extendió y adquirió inmensas proporciones a medida que pasaron los tres siguientes años. Se proyectaron juicios públicos y privados en los cuales el Fiscal del Estado, Andrei Vishinski preguntaba a Stalin por escrito la pena a aplicarse.

El primer Juicio fue el 28 de diciembre de 1934 en Leningrado. Los principales imputados, Kamenev y Zinóviev, fueron exilados a Siberia y luego asesinados, pero no terminó allí, pronto fueron también liquidados Bujarin y los parientes más cercanos de los acusados, luego, todos aquellos que en algún momento habían apoyado o trabajado con los principales imputados y entonces miles de "centristas democráticos" o de sindicalistas fueron muertos o trasladados a lugares muy remotos al norte del círculo Ártico.

Stalin había decidido demostrar que Troski trabajaba a las órdenes de la Gestapo. Como Troski era judío, los judíos alemanes comunistas que se habían refugiado en la URSS para salvarse de Hitler, tuvieron que ir a la fisca-

lía para defenderse de la pena de muerte. No se habían imaginado nunca que Stalin mataría más comunistas alemanes que el propio Hitler, una observación que llenaba de satisfacción a Mussolini.

Los crédulos observadores occidentales alegaron que el pastiche de procedimientos legales inventados por Vishinski y de mentiras orquestadas por Stalin, no podrían estar íntegramente falseadas, le otorgaban crédito al tirano. Lo cierto es que la opinión pública de occidente no tenía en 1936 el menor deseo de molestar a Stalin. El Gral. Franco había dado su golpe de Estado contra la "República" española. Japón había invadido China. Los demócratas occidentales decidieron que para combatir el fascismo, mucho más cercano a los centros de poder europeo, era preciso poner sordina a las críticas de los asesinatos judiciales perpetrados por Stalin.

La diferencia entre el terror de 1936-1938 y los asesinatos que se habían perpetrado anteriormente, era que se lanzaba una reacción en cadena de sucesivas acusaciones que incriminaba a los miembros del propio Partido Comunista, del Ejército Rojo y de la Cheka, salvo el círculo íntimo de Stalin. En los juicios ejemplares que se sucedieron decenas de miles de comunistas leales fueron devorados por el propio Leviatán que ellos habían creado y loado. Los acusados sufrieron brutales torturas por parte de los hombres de Nicolai Yazhov y quizá por esa razón todos se atuvieron al libreto y confesaron todas las acusaciones.

Mientras Stalin condenaba a muerte a la vieja guardia bolchevique, preparó también su propia "solución final" contra la libertad de pensamiento entre la población civil, lo que se llamó el "Gran Terror" que asoló la Unión Soviética desde la primavera de 1937 al otoño de 1938, provocando 750.000 ejecuciones sumarísimas contra "los enemigos del pueblo" y el doble de condenados a los campos de trabajo. El Gran Terror golpeó con más fuerza a personas de edades comprendidas entre los 30 y los 45 años con cargos directivos o con profesiones liberales. Al igual que en la guerra contra el campesinado el terror urbano azuzó a los más jóvenes, los no calificados y los más pobres, en contra de las personas de mediana edad, con conocimientos calificados y que poseyeran alguna propiedad.

Cualquiera que residiera en el mismo edificio de personas que habían sido arrestadas, o tuviera alguna relación con ellas, automáticamente pasaba

a ser una posible presa El sólo hecho de ser dueño de un apartamento agradable o de unos muebles bonitos era motivo de arresto. Tal era la presión para matar detenidos, que tanto en la provincia como en Moscú, en 1937, se optó por el gas carbónico como medio de ejecución masiva, poco antes de que Hitler utilizara el mismo método contra los débiles mentales. Camiones en los que se leía la palabra "Pan" circulaban por las calles al tiempo que bombeaban gases en el compartimento trasero donde los presos yacían desnudos y atados los unos a los otros hasta llegar a la fosa donde serían sepultados.

Era una situación desbordante, se establecieron objetivos que debían alcanzarse en cada región en cuanto a ejecuciones y detenciones, en diciembre de 1938, la población del Gulag superó la barrera del millón y casi otro tanto estaba internado en las prisiones y otras colonias de trabajo. Ese año el índice de mortandad en el Gulag superpoblado, caótico, mal gestionado por administradores faltos de experiencia, se disparó al 10 por ciento de los internos. Aun así, los campos no daban abasto para asimilar los arrestos masivos que continuaban sin parar, Para solucionar este inconveniente Stalin decidió que el porcentaje de "enemigos" sentenciados a muerte debía aumentar en detrimento de los condenados a trabajos forzados de un 0.5 a un 47%.

Por el resultado de las investigaciones realizadas parece indiscutible que Stalin no sólo conocía a la perfección y de antemano todas las actividades que el Director de la policía política llevaba a cabo, sino que lo azuzaba indicándole lugares donde podría albergarse un gran número de espías y saboteadores.

El revolucionario comunista yugoeslavo Milovan Djilas dijo:

> Desde el punto de vista del humanismo y de la libertad, la historia no ha conocido un déspota tan brutal y cínico como él. Metódico como los criminales que lo subordinan todo a la realización de una pasión delictuosa, era uno de esos dogmáticos, extraños y terribles, que son capaces de destruir al noventa y nueve por ciento de los seres humanos para dar la "felicidad" al uno por ciento restante (Milovan Djilas, 1962, 153).

2) La ideología nacionalsocialista se centraba en el poder "aristocrático" de la naturaleza, que no concentra su mayor energía en el mantenimiento de lo existente, sino más bien en la selección de la descendencia como conservadora de la especie, así pensaba Hitler, no puede tratarse de mejorar artificialmente lo malo subsistente, algo de suyo imposible, sino debe asegurarse bases más sanas para un ciclo de desarrollo venidero. Ve el valor de la humanidad en sus ejemplos raciales de origen, pero no cree de ninguna manera en la igualdad de las razas, sino por el contrario al admitir su diversidad, reconoce también la diferencia cualitativa existente entre ellas. Esta ley se daría no sólo entre las razas sino también entre los individuos, es el mérito de la personalidad lo que destaca al hombre del conjunto de la masa. La ideología preveía también una situación ideal armónica, donde los hombres más capacitados prevalecerían en cada uno de los respectivos pueblos, y aquellos que resultaran los mejores como creadores de cultura, debían mandar y ser obedecidos por las razas inferiores para lograr el avance de la civilización. "Un mundo bastardizado o mulatizado estaría predestinado a hacer desaparecer para siempre toda noción de lo bello y digno del hombre, así como la idea de un futuro mejor para la humanidad" (Hitler, 1962, 179). Para el nacionalsocialismo, el marxismo al predicar la igualdad de las razas, quiere disolver las naciones en un presunto internacionalismo, donde en cambio prevalecerá la raza judía. No puede existir una verdadera civilización internacional. El hecho de que los principales dirigentes del Partido Social Demócrata alemán, el principal partido marxista de Europa fueran todos judíos y que la mayoría de los dirigentes del Partido Comunista en Rusia fueran también judíos, lo llevaba a pensar en una conspiración sionista marxista para liquidar a Alemania. Culpaba a los socialistas alemanes de causar la derrota de Alemania al votar por la paz en 1917, y también de haber aceptado el Armisticio y luego el Tratado de Versalles por razones ideológicas para oprobio y vergüenza de la nación alemana.

Algo no estaba expresado sin embargo con claridad en su prédica y era cuáles medios se iban a utilizar para lograr esos resultados de armonía universal. Para someter a esos supuestos pueblos inferiores había que dominarlos por la fuerza, porque estaban establecidos desde hacía siglos en territorios de Europa del este, la mayoría eran de origen eslavo, pueblos que Hitler consideraba una raza de esclavos, inferiores a los arios.

Hitler con su inmensa habilidad como disertante y el carisma personal que sus contemporáneos le reconocieron, conquistó a una audiencia mayori-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a14

taria para su teoría de la necesidad del "espacio vital" o "lebensraum". Según esta teoría muy difundida ya desde principios del siglo por reconocidos geopolíticos, debía procederse a una readecuación de los espacios geográficos correspondientes a cada nación. Alemania que había tenido un desarrollo demográfico muy potente y se perfilaba como una nación poderosa del punto de vista industrial, necesitaba más tierra para alimentar a su acrecentada población. Hitler no estaba de acuerdo con las otras opciones posibles para solucionar el problema alimenticio, como la de obtener colonias en tierras lejanas, como África. No quería competir con Inglaterra (siempre conservó la esperanza de llegar a un acuerdo con el Imperio Británico), ni tampoco aumentar la productividad agrícola, porque la consideraba una solución de corto plazo. Así que la única posibilidad real a su entender, era acrecentar los territorios alemanes dentro de Europa hacia el este, añadiendo más de un millón de kilómetros cuadrados a los 553.000 que ya tenía a expensas de Polonia y Rusia (Irving, 1991, 49).

Hitler al igual que Mussolini hacía la apología de la violencia política y a diferencia de Stalin, no ocultaba en sus discursos los métodos violentos que debería emplearse de ser necesario para establecer un orden, pero no se hablaba de la guerra públicamente. Una vez eliminado el despreciado Parlamento y prohibidos los inservibles partidos, el pueblo debía unirse en una comunidad nacional bajo el mando de un Jefe único, un Fürher, que lo representara y al mismo tiempo se hiciera responsable de sus actos y sus consecuencias.

Como incansable propagandista de sus ideas, Hitler había pronunciado miles de discursos en todas las ciudades de Alemania estableciendo una relación casi personal con la mayoría del pueblo, por lo menos así lo sentían sus seguidores, quienes afirmaban que emanaba de su persona un magnetismo muy particular. En cambio, Stalin sólo le hablaba a los miembros del Partido, su carisma era hereditario, ocupaba el sillón sagrado de Lenin y no tenía relación directa con las masas, usaba su inmensa astucia para manejar los hilos del poder y su influencia sobre las personas que lo acompañaban.

El futuro del movimiento nazi dependía del fanatismo y de la intolerancia con que sus adeptos sostuvieran su causa como la única justa y la impusieran a otros movimientos de índole semejante. Así como Stalin había impuesto a los comunistas la idea de unidad absoluta en torno a los dogmas leninistas, así también debía Hitler enfrentarle con otro dogmatismo de índole semejante.

Desde su asunción como canciller del Reich en 1933 hasta 1939, Hitler produjo cambios extraordinariamente favorables para la vida de los alemanes: los obreros volvieron a tener trabajo y alimentos y a ser tratados como seres humanos respetados, se creó una red de autopistas que cubría y comunicaba todos los pueblos de Alemania, campos de deportes, se inició la fabricación de un pequeño automóvil que estaría al alcance de cualquier obrero y muchos otros bienes llegaron a la mayoría de la población.

Pero Hitler cometió dos grandes crímenes contra la humanidad: uno fue el genocidio de los judíos y el otro haber iniciado una guerra feroz que no tenía posibilidades de ganar. De los territorios reclamados por Hitler algunos pertenecieron a los germanos en la época del primer Reich, el Sacro Imperio Romano Germánico de Federico Barbarroja, los territorios de Alsacia y Lorena si bien eran de población y habla predominantemente alemana, fueron arrebatados a Francia en la Guerra franco-prusiana de 1871, en cuanto a los puertos de Mermel y Danzig así como el corredor polaco que unía por el Mar Báltico a Alemania con Prusia Oriental, la Liga de las Naciones creada luego de la Gran Guerra los internacionalizó bajo su administración. También es cierto que provocaron mucho disgusto entre la población alemana la ocupación de algunas ciudades como Düsseldorf, Duisburgo y Ruhrot, el 15 de marzo de 1921, y la ocupación del Ruhr en enero de 1923 por Francia para garantizar el pago de indemnizaciones. No fueron justas muchas de las medidas que se tomaron contra Alemania respecto a los territorios, y principalmente en relación a las indemnizaciones de guerra que fueron desde todo punto de vista excesivas y absurdas. Pero la posibilidad de luchar contra toda Europa por más excelencia que tuviera la Wehrmacht, sólo cabía en la imaginación febril de Hitler y en la creencia exagerada de la capacidad del pueblo alemán como líder mundial. El desastre que acarreó la resistencia de los pueblos invadidos y sacrificados por la guerra, ocasionó millones de muertes innecesarias y profundas consecuencias por varias décadas. El mundo se volvió a dividir pero no en la forma pensada por Hitler.

En relación al problema judío como se trata de hechos muy conocidos y estudiados por la historiografía en occidente, sólo vamos a recordar algunas cifras. En un discurso pronunciado en el Reichtag el 30 enero de 1939, Hitler lanzó una clarísima amenaza:

> Hoy quiero volver a profetizar algo, si la financiera judía internacional de dentro y fuera de Europa consiguiera otra vez arrastrar a nuestros pueblos a una guerra mundial, el resultado no sería la bolchevización del mundo con la consiguiente victoria de los judíos, sino la destrucción de la raza judía en Europa (Irving, 1991, 209).

Esta peligrosa afirmación aceleró el éxodo masivo de judíos durante 1939 hasta octubre de 1940. Se marcharon casi dos tercios de los judíos del Reich, alrededor de 300.000 de Alemania, 130.000 de Austria, 30.000 de Bohemia y Moravia. De ese contingente de exilados unos 70.000 lograron llegar a Palestina (Irving, 1991, 209). Hasta ese momento nadie sabía cuál sería la "solución final", salvo la expulsión. Aparentemente buscaba la "judenrein" el vaciamiento de población judía del territorio de Alemania.

Los nazis procedieron a eliminar población judía de países conquistados, especialmente de Polonia y Rusia después de 1939. Fueron eliminados de tres maneras, por fusilamiento, por trabajos forzados y en los campos de exterminio como: Auschwitz, Buchenwald, Majdanek, Mauthausen en Austria, Treblinka, Befrem, Libidor y Chelmno en Polonia. Algunos de ellos habían sido anteriormente campos de concentración para enemigos políticos.

La cifra total de muertes no se conoce con exactitud pero se calcula que en 1939 había aproximadamente 10 millones de judíos viviendo en los territorios ocupados y se calcula que la mitad fueron expulsados o exterminados por los nazis (Shirer, 1962, 337-349).

Hay algo impactante y patético en este asunto del genocidio judío y es la colaboración de los propios judíos con sus verdugos. Cuando los nazis conquistaban un territorio además de un gobierno títere instauraban una oficina central judía, integrada por las personas más relevantes de la comunidad judía en cuestión, unos pocos cientos de personas, a quienes los nazis conferían extraordinarios poderes para dirigir las deportaciones y el posterior traslado a los centros de confinamiento. Sin la ayuda de los judíos en las tareas administrativas y policiales hubiera sido imposible para los alemanes realizar esta trágica tarea, porque no disponían de los recursos humanos suficientes. En todos los casos, tanto en las comunidades judías más educadas de los países del centro y oeste de Europa, como en las poblaciones del este, el Consejo judío de representantes de su pueblo hacían las mismas tareas: formaban lis-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a14

tas de individuos judíos, con expresión de los bienes que poseían, obtenían dinero de los deportados a fin de pagar los gastos de su deportación y exterminio, llevaban un registro de las viviendas que quedaban libres, proporcionaban fuerzas de policía judía para que colaboraran con la detención de otros judíos y los embarcaran en los trenes que debían conducirles a la muerte. ¿Cuáles motivaciones los movían para actuar así? Aparentemente su propia salvación, el trato que le daban las autoridades era amable y mientras se operaba el proceso podían mantener su estilo de vida. Pero una vez que hubieron embarcado el último judío común bajo su mando, la mayoría de ellos mismos tuvieron que subir a los trenes rumbo a los campos de exterminio (Arendt, 2014, 172).

c) antiliberalismo, anticapitalismo y democracia

¿Habían fracasado los regímenes democráticos liberales en Europa cuando se produjo la 1er. Guerra Mundial? Desde varias décadas atrás había comenzado una lenta etapa de transformación política hacia un mayor intervencionismo estatal como resultado de la problemática generada por la revolución industrial y la sociedad de masas. Lo que hoy entendemos por Estado de Bienestar con gran protección social del Estado, pero manteniendo los derechos individuales y la libertad de empresa, era un modelo en formación sobre el cual pesaba la dura crítica del movimiento marxista. A principios del Siglo XX la lucha entre el socialismo y el liberalismo democrático moderado era muy fuerte, hay que tener en cuenta que el socialismo significaba para todos los líderes socialistas europeos, la propiedad estatal de los medios de producción, aún para aquellos que pensaban que esa meta se alcanzaría por medios democráticos, aunque a decir verdad, ya existía una brecha entre socialistas que colaboraban con los demócratas, y los marxistas radicales. Es indudable que en ese tiempo la democracia liberal sólo fue plenamente exitosa en los países anglosajones, con una muy débil institucionalidad en el resto de Europa y en América Latina.

Ambos regímenes estudiados rechazaban de plano la instancia de participación política indirecta de los ciudadanos a través de sus representantes y de los partidos políticos, la única manera más eficaz encontrada hasta hoy para permitir expresar la opinión ciudadana. La unidad del totalitarismo se perfila entonces como la antítesis del liberalismo y de todo el entramado político creado por éste, ambos regímenes estudiados convergían en un mismo

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a14

trabajo práctico de destrucción de lo político como ámbito de confrontación y de acuerdos ante la diversidad de opiniones de los ciudadanos.

La idea de que el pueblo en su conjunto, el proletariado, o cualquier otro grupo o clase social pudiera gobernar directamente, es producto del engaño o de las fantasías del joven Marx. De lo que se trataba en el nacional socialismo era de que un líder tomara el poder total en representación del pueblo y pudiera asumir los riesgos más absurdos sin oposición. En la URSS, ni siquiera el Partido de Lenin pudo gobernar, necesitó de un jefe absoluto para movilizarlo y cuando este tirano quiso, lo vapuleó, lo diezmó y lo expulsó de la arena política. Stalin sólo tuvo dos propósitos políticos y los logró plenamente: eliminar toda disidencia, todo tipo de oposición y probable formación de otros partidos dentro de la Unión Soviética, y lograr un Partido Comunista con una sola línea ideológica obedecida monolíticamente por todos sus miembros, incluso los Partidos Comunistas de los países independientes. Esta es la única obra de Stalin.

Ninguno de los dos regímenes negaba "la democracia" en la sociedad de masas. Por eso es interesante examinar qué entendía por democracia un ideólogo del nacional socialismo de los primeros tiempos como Karl Schmitt. Para este autor las modernas sociedades de masas eran democráticas en sí mismas porque eran homogéneas. La homogeneidad era lo que las hacía democráticas y toda discrepancia por lo tanto, se veía como defecto y debía ser eliminada (Schmitt, 1999, 120). Este concepto es compartido con el régimen comunista, para el cual el sentido de la democracia sería el producto de la igualdad absoluta del proletariado una vez llegado al poder.

Porqué se repite tan a menudo que el objetivo de Hitler era proteger el capitalismo? Hitler hizo alianzas con algunos grandes empresarios dentro de una estrategia de conseguir ayuda pecuniaria mientras el partido crecía, así como Lenin recibió del Kaiser Guillermo II dinero para hacer la revolución rusa. A Hitler sólo le interesaba aquello que permitiera hacer resurgir a Alemania como potencia según se dieran los acontecimientos, pero no estaba especialmente interesado en mantener el capitalismo. En primer lugar poco antes de la guerra fueron eliminadas las pequeñas empresas a favor de las grandes por razones de utilidad práctica, luego por necesidad armamentística los empresarios se vieron en la necesidad de producir de acuerdo a los intereses bélicos de los dirigentes nazis. Cuando comenzaron los bombardeos

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a14

aliados masivos se destruyó todo el parque industrial de Alemania, fábricas y maquinaria. Si uno puede creerle a Albert Speer, amigo personal del Fürher y Ministro de Armamento y Abastecimiento en los dos últimos años de la guerra, en sus famosas "Memorias de Spandau" (Speer, 1969, 476 y sgts.) se acometieron inmensas obras de ingeniería para trasladar bajo tierra todas las empresas productoras de armamento donde trabajaban miles de prisioneros de guerra. De esas fábricas ocultas a los ojos de la aviación enemiga dependió la inútil última resistencia de Alemania Los dirigentes locales del partido nacional socialista reclamaban que la propiedad de las grandes empresas, sólo virtualmente privadas, pasaran a su jurisdicción. Hitler nunca dio ese paso. En la práctica había sido eliminado el derecho de propiedad de los medios de producción porque el régimen de organización del trabajo del Reich alemán había cambiado en un 100%. Se propiciaba una centralización absoluta del poder, que no es compatible con el capitalismo, necesitado por definición de libertad económica. Al anteponer la política de conquista imperialista a otras opciones y su posterior derrota, no hubo ocasión de desarrollar todo el potencial ideológico del nazismo, seguramente de haber continuado un tiempo más en el poder se hubieran podido apreciar todas las consecuencias lógicas implícitas en su ideología totalitaria.

d) racismo, antisemitismo y nacionalismo

El descubrimiento de países exóticos en África y Asia durante el período de expansión imperialista de Europa a fines del siglo XIX, y su trato más cercano con esos pueblos, puso ante los ojos de los europeos las diferencias existentes entre los seres humanos. La idea de igualdad que primó durante el siglo XVIII, dejó paso a un pensamiento más pesimista respecto a las capacidades como constructores de civilización de los diferentes pueblos y razas. Aparece el "racismo" como la presunción de una superioridad de ciertas razas creadoras de cultura. Hitler tomó del ambiente cultural europeo estas creencias difusas y las introdujo en el centro de su relato ideológico.

Dentro del racismo encontramos el antisemitismo, que es muy anterior en varios siglos. Puede decirse que tanto el occidente como el oriente europeo eran antisemitas. La Rusia zarista fue profundamente antisemita, los zares fomentaron la exclusión de los judíos durante siglos. A principios del XX se calcula que habitaban Rusia 5 millones de judíos. En su origen eran tártaros conversos, ubicados al norte del Mar Negro, volcados al judaísmo a instan-

cias de su rey en el siglo VIII y que luego se expandieron a los países limítrofes, en especial a Polonia y Alemania. El judaísmo era nada más que una religión, pero a partir de 1883, construyó un centro político internacional como el "sionismo", una organización para recolectar dinero y presionar a los países europeos para promover la formación de un Estado judío en Palestina. El haber unido Hitler la vinculación del sionismo con el capital imperialista internacional en manos de los judíos, como una acción destinada a someter a Alemania a sus designios, resultó fatal. Recordemos que en un manuscrito de 1943, el predecesor de Hitler en la cancillería, el Dr. Heinrich Brüning afirmó que después de la gran inflación (1923) sólo había quedado un gran banco alemán fuera del control de los judíos y que algunos de éstos vivían en una "corrupción absoluta" (David Irving, 1991) No hay que olvidar que los bancos de crédito eran los dueños del destino de la gran industria, como afirmara Max Weber en "Economía y sociedad" (Weber, 1972).

Hitler plantea en "Mi lucha" la oposición entre el capitalismo internacional de la Bolsa, instigador de la Gran Guerra y la economía nacional, y considera al judío como el centro de la especulación mercantilista internacional, destruyendo la industria y la propiedad nacional. Mediante la lectura de "El Capital" de Carlos Marx había llegado a la conclusión de que el Partido Social Demócrata alemán actuando contra la economía nacional no perseguía otro objetivo que preparar el terreno para la hegemonía del capitalismo internacional.

Nos interesa probar en este trabajo que el racismo no sólo era una idea arraigada en la cultura europea en todos los niveles sociales, sino que también fue causa de bárbaros crímenes en el "paraíso proletario".

A partir de 1939 gana terreno la visión estalinista de la historia, con una Rusia en el papel de hermana mayor de la familia eslava que se impone a la ideología marxista y Stalin queda envuelto en la atmósfera del nacionalismo ruso de los zares. El internacionalismo socialista desaparece y empieza a ganar terreno la idea de rusificar a la Unión Soviética. Así disminuye el número de integrantes de los países comunistas independientes en el Comité Central, en la Cheka y en la dirección de toda la Administración Pública soviética. Cuando comienza el "Gran Terror" con las purgas de Leningrado, además de la eliminación de la burguesía, lo que se erige en una razón clave de exterminio fue la xenofobia. Los no rusos que constituían el 18% de la población integraron el 40% de las ejecuciones. Casi todas las personas de ori-

gen polaco fueron arrestadas y tres cuartas partes de ellas fusiladas. Algunas minorías étnicas se enfrentaron de hecho al genocidio cuando Stalin decidió eliminar las nacionalidades que no le eran confiables en toda la línea fronteriza oeste de la URSS, quienes eventualmente pudieran oponérsele con ayuda exterior. La limpieza étnica y deportación genocida llevada a cabo por su esbirro Beria a partir de 1939 tan sólo amplió lo que de manera aproximativa habían comenzado los verdugos jefes de la policía secreta anteriores en 1935. Uno de los primeros pueblos en sufrir las consecuencias de la limpieza étnica fueron los fineses de la etnia "inkeri" deportados al norte de Rusia o al Tajikistán, les siguieron los coreanos residentes entre Vladisvostok y la frontera coreana. Algunos se habían desplazado a territorio ruso por ser conversos a la religión ortodoxa y fueron considerados en un tiempo como una inmigración muy valiosa ya que aportaron la mayor parte del arroz y la soja consumidos en Rusia, sin embargo en agosto de 1937 se les dijo que todos, unos 180.000, iban a ser deportados al Kazajstán y a Uzbekistán. En el invierno de 1937 y 1938 le tocó el turno a los kurdos, sobre todo a los residentes en la frontera entre Turquía e Irán. Según los propios archivos de la Cheka, entre julio de 1937 y noviembre de 1938, ésta condenó a 335.513 personas en estos operativos "nacionales".

Pero luego que en junio de 1941, Hitler invadiera la Unión soviética Beria se vio sometido a un trabajo mucho mayor. Su cometido consistía en liquidar a los posibles colaboradores con el enemigo allí donde el Ejército Rojo se hubiera batido en retirada, así como a proceder a una política de tierra quemada de modo que Hitler no encontrara a su paso ni alimento, ni combustible. La Cheka asesinaba a los presos que se encontraban en cárceles o Gulags de esas zonas abandonadas. Cuando en el verano de 1943 estaban funcionando a pleno rendimiento las fábricas de los Urales y comenzara a menguar el empuje de los alemanes, Stalin confió a Beria nuevas misiones de castigo. Varios pueblos de la URSS habían sido tildados de colaboracionistas con el enemigo. En primer lugar, los pastores túrquicos de la zona noroeste del Cáucaso, los karacháis. La deportación se llevó a cabo con la mayor crueldad.

Hay que tener en cuenta que los dirigentes soviéticos habían maltratado y perseguido tanto a la comunidades o Repúblicas autónomas, durante el proceso la colectivización y en las purgas, que cuando llegaron los alemanes algunos de éstos grupos creyeron que venían a liberarlos y los recibieron con los brazos abiertos. No todos por supuesto pero los hombres de la Cheka pre-

ferían atenerse al libreto de "la nación traidora". Luego le tocó el turno a los calmucos, mongoles de religión budista cuyo territorio se extendía entre Volgogrado y el Mar Caspio y estaban allí desde hacía siglos. El 27 de diciembre de 1943 fueron acusados de entregar sus cabezas de ganado a los alemanes y así fue desmantelada su República autónoma. Debían ser repartidos desde el Ártico hasta el este de Siberia.

El éxito de ambas operaciones genocidas llevó a Beria a emprender una deportación más difícil: la de los ingushes y los chechenos, dos pueblos emparentados entre sí. Estos pueblos montañeses habían librado durante dos siglos una guerra de guerrillas contra los invasores rusos. Emulando la técnica empleada por Hitler con los judíos, el verdugo Beria logró que los líderes chechenos disuadieran a su propio pueblo de plantear resistencia. Medio millón de chechenos fueron enviados a Siberia y Kazajstán, y las repúblicas independientes de Chechenia e Ingushetia resultaron borradas del mapa.

Por último vamos a recordar a otro pueblo víctima de la acción genocida: los tártaros de Crimea. En abril de 1944, los jefes soviéticos seducidos por la belleza del lugar, tomaron conciencia de lo valioso de ese territorio, que sería en adelante lugar de descanso y esparcimiento de los dirigentes del partido. Acusaron a los tártaros de haber desertado y haberse pasado al bando de los alemanes. Cuando Churchill, Roosevelt y Stalin se reunieron en Yalta (Crimea) en febrero de 1945, no quedaba ni uno sólo de estos habitantes indígenas de la península.

También haremos referencia al problema judío. Con los judíos en la Unión Soviética ocurrió algo diferente, los judíos participaron de la dirección bolchevique durante la Revolución y estuvieron incluidos en cargos de la mayor jerarquía en la estructura de poder soviético y en la Cheka, el principal órgano de represión. Pero los judíos fueron perdiendo poder con el tiempo, a medida que Stalin se iba convirtiendo en el "zar de Rusia" y adoptando sus ideas antisemitas. Los dirigentes del Partido de origen judío fueron desapareciendo de los cargos y del organismo de control policial. En la Academia de Ciencias soviética y en otros lugares destacados de la cultura donde la participación de los judíos había sido numerosa, se dejó permanecer a uno o dos académicos, para mostrar a occidente el impecable comportamiento del gobierno soviético respecto al antisemitismo, pero la verdad era muy distinta (Michael Voslenski, 1982: 144).

En 1952, Stalin concibió un plan para la eliminación de los judíos. El 1º de diciembre pronunció su último discurso ante el Presidium del Comité Central y acusó a los judíos de ser agentes del servicio de inteligencia norteamericano. En Checoeslovaquia se hizo un ensayo general de la trama urdida contra éstos que comenzaba por condenar los médicos judíos de Moscú. La puesta en escena repetía un libreto ya conocido. Como siempre que se acercaba una purga para un grupo, se comenzaba con acusaciones severas y juicios condenatorios para algunos miembros destacados del grupo en cuestión, con el resultado esperado de condena a muerte o de muerte sorpresiva por accidente. Pravda publicó un titular sensacionalista: "Asesinos de bata blanca", y una oleada de antisemitismo agitó todo el país.

La red que había empezado a tejer Stalin y de la cual quedan los testimonios escritos no pudo llevarse a cabo en su totalidad porque la salud de Stalin se deterioraba rápidamente y siete semanas más tarde falleció, en marzo de 1953.

Los dos regímenes están vinculados entre sí de manera profunda, porque ambos se legitimaron estableciendo categorías de "enemigos" y de seres "infrahumanos" de otras nacionalidades, a quienes persiguieron y aniquilaron a gran escala. Las personas eran recluidas en campos de concentración o asesinadas, no por los delitos que hubieran cometido sino "por ser quienes eran": inferiores de raza (Applebaum, 2012, 44).

e) oposición del mito a la razón

Esta temática está muy emparentada con la ideología, pero nos parece pertinente analizarla por separado. Todas las ideologías contienen descripciones de la realidad, verdaderas o falsas, mitos, y relatos diversos. Aunque vivamos aparentemente en la época de la razón, no es menos cierto que lo mítico ha jugado un rol importantísimo en nuestra historia del siglo XX. Para el filósofo Hans-Georg Gadamer no se puede afirmar que el mundo está "desencantado", como pensaba Max Weber: Para Gadamer debemos convivir con la presencia del mito.

El pensamiento moderno tiene un doble origen. Por su rasgo esencial es Ilustración, pues comienza con el ánimo de pensar por uno mismo que hoy impulsa la ciencia, al mismo tiempo, todavía vivimos de algo cuyo origen es

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a14

distinto: es la filosofía del idealismo alemán, la poesía romántica y el descubrimiento del mundo histórico que acaeció en el Romanticismo, estos elementos se han mostrado, dentro del impulso ilustrado de la modernidad, como un movimiento contrario vigente hasta hoy. Para Gadamer el mito es sólo "creíble" y no "verdadero". Pero la credibilidad de un mito no es la mera verosimilitud que carece de certeza, sino que tiene su propia riqueza en sí misma, porque tiene la apariencia de lo verdadero. "El mito se convierte en portador de una verdad propia, inalcanzable para la explicación racional del mundo". (Gadamer, 1997, 64). Si dejamos a un lado la justificación filosófica de Gadamer, comprobamos que los mitos acompañan todas las ideologías y por supuesto las que estamos analizando.

En Alemania están relacionados con los antiguos mitos germánicos del suelo, la sangre y la raza, convertidos en un proyecto político de conquista. Se había engendrado desde finales del siglo XIX en el pueblo alemán un sentimiento de inferioridad, debido a la larga lucha mantenida con sus rivales europeos por su reconocimiento como una gran potencia. El romanticismo había incentivado el mito del hombre superior, que vence todos los obstáculos con el poder de su voluntad y logra sus objetivos por su sola fuerza interior. Hitler se sintió predestinado a encarnar ese rol para salvar a Alemania.

El mito del proletariado como "pueblo elegido" tiene origen bíblico pero también formaba parte central del relato marxista. Nada hacía pensar entonces seriamente que el proletariado como clase pudiera ser el encargado de dirigir la política nacional, ni menos aún la mundial y de hecho esto no sólo nunca sucedió en la URSS ni en ningún país socialista, sino que el propio Lenin, lo sustituyó en la teoría por la dictadura del Partido Comunista.

"La Gran Guerra" se llevó por delante los ideales del Iluminismo y el discurso de la razón, la revolución bolchevique le siguió con su estela de mitos antiguos y modernos, resentimientos y teorías mal comprendidas o tergiversadas para hacerlas operables en las nuevas circunstancias históricas, y finalmente, se constituyó el "enemigo" de los comunistas con su propio bagaje de mitos diametralmente opuestos: la exaltación del superhombre y la raza superior.

f) expansionismo imperialista

La política de expansión hegemónica de los totalitarismos no termina en límites geográficos, su movimiento es infinito como en una polea sin término. A veces utiliza medios bélicos pero tiene otras posibilidades como la propaganda y la organización de una red de partidos o de organizaciones sociales de diversa índole actuando en países democráticos, para establecer lazos firmes entre el país totalitario y los candidatos a ser subsumidos en el futuro. Ejemplo de esa disciplina son los Partidos comunistas, que tal como quería Stalin mantenían una línea política sin desviaciones internas y obedecían los dictados del Partido Comunista de la Unión Soviética. También la Alemania nazi recurrió a una importante red de espías y de organizaciones sociales de pantalla para influenciar en los gobiernos y vincularse con la población de otros países.

En este trabajo usamos el término “imperialismo” en el sentido que le da Hanna Arendt en su famoso libro sobre el totalitarismo: cuando hay apropiación del territorio por una de las partes para quedarse con la riqueza del otro. Es a esta situación de conquista por parte de Europa a países africanos y asiáticos, a fines del siglo XIX a la que se refiere Lenin cuando habla de imperialismo en “El imperialismo. Fase superior del capitalismo” (Lenin, 1981, Vol. 1, 683).

A principios de la década del 30 las fuerzas democráticas vieron con temor la posibilidad del avance fascista en occidente y decidieron formar un “frente antifascista” dejando de lado los atropellos y las aberraciones legales de los juicios en la URSS, para defenderse del posible avance de las huestes nazis. Pero en 1939 Stalin había derribado la unidad antifascista con los crímenes absurdos que su policía política había cometido durante la Guerra Civil española (1936-1939). A Stalin lo enfurecía más la línea política de los socialdemócratas o de los socialistas revolucionarios que el fascismo, con el que tenía por cierto puntos en común. Por esa causa, en lugar de aunarse para enfrentar a los franquistas, sus esbirros se habían dedicado a matar socialistas de distintas líneas políticas, provocando la famosa matanza de la “Semana de Barcelona” (mayo de 1937) para terminar con el POUM, un pequeño partido de Cataluña de difícil catalogación ideológica: “marxista-trosquista-anarquista (Orwell, G., 2006, 74). Si a eso se le sumaba su debilidad interna, por la reacción anti bolchevique que había provocado el “Gran Terror” y la de su propio Ejército Rojo como consecuencia de las “purgas”, a partir de ese momento Stalin sólo podía pactar su seguridad con Hitler.

Alemania y la URSS tuvieron intereses comunes de 1933 a 1941, naciones empobrecidas por la guerra, tuvieron entendimientos que fueron más allá de los intereses diplomáticos y comerciales. El propio Hitler sintetizó del siguiente modo la diferencia entre el nacionalsocialismo y el socialismo comunista: “Mi socialismo no es el de lucha de clases, sino el del orden” (Rayfield, 2002, 300).

El 22 de agosto de 1939, se produjo el acuerdo Molotov-Ribbentrop, firmado en Moscú, un éxito de ambas cancillerías contra los países democráticos, por el cual se repartían en secreto Polonia, y Rusia se “tragaba” (palabra que gustaba usar Stalin) los países Bálticos. En noviembre de 1940, Stalin envió a su ministro de Exteriores Molotov a Berlín para negociar los términos sobre los cuales la URSS podía llegar a ser aliada de Alemania, Italia y Japón. Las conversaciones se empantanaron ante la insistencia por parte de Molotov de que la Unión soviética debía apoderarse de Irán y el oeste de la India. A entender de Stalin, mientras Hitler contemplara la posibilidad de que la URSS compartiera los despojos del Imperio Británico, estaría a salvo. Pero Hitler no tenía entre sus planes perjudicar a Inglaterra, sino todo lo contrario, siempre aspiró a un acuerdo con los ingleses, a los cuales admiraba en su fuero interno, de respeto de sus respectivos territorios.

Había una relación natural de Alemania con Austria por ser de población germana (los aliados habían prohibido el “Anschluss” o unidad de Alemania con Austria deseada por ambos), pero también contingentes de alemanes habían emigrado a zonas como los Sudetes en Checoeslovaquia, a Polonia y hasta a Rusia. Hitler procedió con cautela en un principio, aunque con total rudeza en las acciones como para convencer a sus adversarios de la imposibilidad de presentar resistencia. Primero se apoderó de Austria sin oposición, un país sumido en la miseria después de la guerra, y mayoritariamente esperanzado en mejorar su destino con el apoyo del Fürher. Luego sus ejércitos entraron en los Sudetes sin resistencia y más tarde en lo que quedaba de Checoeslovaquia, porque Eslovaquia pidió protección a los alemanes. Hitler estaba obsesionado con recuperar Memel, la antigua ciudad teutónica que había sido anexionada por Lituania en 1923, asimismo Danzig y el famoso corredor polaco sobre el Mar Báltico, para recuperar así la frontera oriental de 1914.

Tanto La URSS como Alemania despreciaban Polonia a la que consideraban un “aborto” del Tratado de Versalles, que ocupaba territorios que le

pertenecían a ambas naciones y debía desaparecer. Ambos planeaban reducir la población existente a una minoría étnica sojuzgada por completo. Así que Hitler no dudó en avanzar sobre Polonia, a pesar de que ésta había firmado un tratado de defensa mutua con Inglaterra. El ataque a Polonia el 1º de setiembre de 1939, desencadenó la 2da. Guerra Mundial.

Como consecuencia del Pacto Molotov-Ribbentrop, los soviéticos se apropiaron de los estados del Báltico. Pero el odio mayor estaba concentrado sobre Polonia. Para Stalin, tan duramente humillado en 1920 durante la Guerra Civil cuando los polacos resistieron la embestida del Ejército Rojo dirigida por Stalin, los militares polacos constituyeron su objetivo prioritario. Hitler, había preparado un plan para exterminar a la aristocracia y a los curas polacos, y preparar un levantamiento de los ucranianos de Polonia contra los judíos (Abshagen, 1962, 150) pero su plan era insignificante respecto a la política que iban a desarrollar Stalin y su esbirro Beria: unos 400.000 habitantes de la Polonia anterior a 1939 (polacos, judíos ucranianos y bielorrusos) fueron deportados a los Gulags del este, durante la primavera de 1940. Uno de cada seis deportados murieron durante el 1er año de exilio. Luego desencadenaron la Masacre de Katyn, una de las más terribles e insensatas cometidas por Stalin, donde 25.000 oficiales polacos del más alto rango fueron asesinados con un tiro en la nuca. Los militares conocían sus derechos como prisioneros de guerra y reclamaron un juicio porque su internamiento era ilegal. Pero el camarada Beria puso fin al litigio cuando el 5 de marzo de 1940 afirmó: "Son todos enemigos del poder soviético saturados de odio por el sistema soviético, han de ser despachados de acuerdo con medidas especiales y aplicándoseles el castigo más severo, el fusilamiento". Aquel día el Politburó votó a favor del asesinato en masa: Stalin fue el primero en firmar, luego firmó Voroshílov, seguido de Molotov y Mikoyan, Kaganovich y Kalinin manifestaron por teléfono su acuerdo con las medidas.

Stalin mintió a los ingleses y norteamericanos sobre la verdad de los oficiales polacos, primero dijo que se habían escapado a Manchuria, luego que seguramente los habían capturado los nazis. El 13 de abril de 1943, los alemanes exhumaron las fosas de Katyn y pidieron a la Cruz Roja que preparase un informe sobre la masacre (quizá querían sacarse ese estigma de encima porque el mundo entero sabía de la prisión de los oficiales polacos y su desaparición). Los soviéticos, los británicos y los norteamericanos comprometidos por su alianza antifascista, denunciaron oficialmente el informe suizo

como falso. No se pudo saber la verdad porque las mentiras y el ocultamiento se sucedieron hasta 1988, cuando aparecieron los documentos probatorios de la autoría de la masacre.

En relación con los países de Europa del este, Stalin mantenía la tradición zarista de que la nación rusa era la más importante de los pueblos eslavos y la necesidad de unificar en un mismo estado a todos los pueblos de ese origen. Después de la guerra como liberador de los estados eslavos ocupados por los nazis, impartió a estos países un trato de colonias, el comercio no estaba regulado como en las demás partes del mundo sino sobre la base de "acuerdos especiales" celebrados con las autoridades comunistas de las "democracias populares" a las cuales Stalin manejaba como marionetas. Por esos acuerdos de lo que se trataba era de llevarse todas las materias primas que necesitara la URSS, y de que el gobierno soviético comprara a los más bajos precios y vendiera a los más altos. Yugoeslavia fue la excepción a ese panorama porque habían combatido contra los alemanes con su propio ejército rebelde del partido comunista yugoeslavo al mando del Mariscal Tito y conservaron ese ejército con gran fama como tropas nacionales (Ridley, J., 2006)

Algunas reflexiones respecto a la categoría de "totalitarismo"

Vamos a señalar por último otras dos diferencias respecto a las afirmaciones de Traverso sobre la debilidad del concepto "totalitarismo" para referirse a ambos regímenes. En la pag. 144 del libro citado habla de la URSS como "abanderada de una filosofía emancipadora, universalista y humanista", pero ¿a qué se refiere en esta frase? A la idealización de un mundo mejor, más humano, más libre, ideal que podría ser compartido por cualquier programa político de carácter democrático, o a los dogmas marxistas-leninistas de la lucha de clases y de la dictadura del proletariado, que por definición preconizan medios violentos de hacer política y difícilmente puedan ser considerados humanistas. Parece muy poco apropiada su consideración si recordamos las palabras escritas en la entrada del famoso Gulag de las islas de Solovki (1933) al norte del Ártico: "Con puño de hierro llevaremos a la humanidad a la felicidad" (Applebaum, 2012, 201).

Para Traverso hay otra diferencia clara en que los campos de trabajo (Gulag) no tuvieron una finalidad de exterminio, en cambio los campos de concentración nazi si tuvieron esa finalidad. Y luego agrega: "el exterminio

como fin en sí mismo, he aquí un rasgo esencial del nacional socialismo, inexistente en el régimen estalinista". Por todo lo que hemos visto en este trabajo, adolece esa afirmación de una ceguera inexplicable. Los Gulags fueron también campos de exterminio aunque nunca se les declarara como tales, eso es parte de la mentira y la ambigüedad que caracterizó al régimen soviético. Como expresara Milovan Djilas quien conocía bien de lo que hablaba: "…la incongruencia entre los ideales y los actos, su profesión de ética en las palabras y su amoralidad práctica" (Djilas, 1962, 77). A partir de 1937 los Gulags dejaron de ser "campos de trabajo" y pasaron a convertirse en verdaderos campos de exterminio donde los prisioneros eran obligados a trabajar hasta la muerte o eran asesinados. Traverso no puede ignorar la verdad, porque tiene todos los testimonios a su alcance.

Según nuestro parecer, Traverso de una manera muy inteligente y sutil nos quiere llevar a que "aceptemos las consecuencias catastróficas del estalinismo como sacrificios inevitables sobre el altar de una empresa titánica de edificación del socialismo" (Traverso, 2001, 145).

Nuestra conclusión, en cambio, es que los fines ni pudieron ser superiores porque estaban afincados en proyectos abstractos e ilusorios, ni mucho menos sirvieron los medios empleados, porque destruyeron todos sus posibles resultados. En ambos casos aprovecharon la ignorancia de las masas para crear regímenes tiránicos e imponerlos por medio de la violencia, la demagogia y la predicación de la mentira. Por momentos estuvieron furiosamente contrapuestos, en otros se unieron por sus propias debilidades y sus deseos de sacar ventajas al real enemigo que eran las democracias liberales de occidente. Por eso como afirma Sartori (2006) y otros prestigiosos politólogos contemporáneos, ambos regímenes deben formar parte del genus totalitario. Cuando la catástrofe provocada hubo terminado, los países democráticos continuaron su propio desarrollo de un sistema complejo pero eficaz en definitiva, para hacer efectivos los valores de libertad e igualdad a que todos aspiramos.

Referencias

Abshagen, K. H. (1962). *El almirante Canaris.* Buenos Aires: Espasa-Calpe.

Applebaum, A. (2012). *Gulag.* Barcelona: Random House Mondadori.

Arendt , H. (2014). *Eichemann en Jerusalem.* Barcelona: De bolsillo.

Djilas, M. (1962). *Conversaciones con Stalin.* Barcelona: Seix barral.

Gadamer, H. G. (1997). *Mito y razón.* Barcelona: Paidós.

Hitler, A. (1962). *Mi lucha.* Barcelona: Mateu.

Irving, D. (1991). *El camino de la guerra.* Buenos Aires: Planeta.

Krushchev, N. (1956). *Informe Secreto.* Buenos Aires: La Causa.

Lenin, V. I. (1981). *Obras escogidas.* Vol. 1, 2 y 3. Moscú: Progreso.

Mac Millan, M. (2013). *1914. De la paz a la guerra.* Madrid: Turner.

Orwell, G. (2006). *Homenaje a Cataluña.* Montevideo: Capibara.

Rayfield, D. (2005). *Stalin y los verdugos.* México: Santillllana.

Ridley, J. (2006). *Tito.* Barcelona: Vergara.

Sartori, G. (2006). *Teoría de la democracia,* vol. 1. Madrid: Alianza Editorial.

Shirer, W. (1962). *Auge y caída del Tercer Reich.* Barcelona: Luis de Caralt.

Schmitt, K. (1999). *La teoría de la Constitución.* Madrid: Alianza Editorial.

Speer, A. (1969). *Memorias.* Barcelona: Plaza y Janés.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a14

Stevenson, D. (2015). 1914. *Historia de la Primera Guerra Mundial*. Barcelona: Editorial de Bolsillo.

Traverso, E. (2001). *El totalitarismo. Historia de un debate.* Buenos Aires: EUDEBA.

Voslensky, M. (1982). *La Nomenklatura. Los privilegiados en la URSS*. Barcelona: Argos Vergara.

Weber, M. (1972). *Economía y sociedad.* México: Fondo de Cultura Económica.

Doctrina

Gonzalo L. Bailo

La regulación de las nanotecnologías en Argentina. Sobre polisemia e inestabilidad de los nano-objetos

Regulating Nanotechnologies in Argentina. About Polysemy and Instability of Nano-objects

A regulação das nanotecnologias na Argentina. Sobre polissemia e instabilidade dos nano-objetos

Resumen: *Este trabajo se enmarca en una línea de los Estudios Sociales de la Ciencia y la Tecnología (ESCT) que estudia las relaciones entre derecho, democracia y nanotecnologías. Se analiza la experiencia de regulación de las nanotecnologías en Argentina en el período 2001-2017, a partir del rastreo y procesamiento de proyectos legislativos, iniciativas institucionales y discursos expertos comprometidos en la coproducción de un saber científico/jurídico "nano". Se identificaron dos grandes etapas. En la primera etapa (2001-2006) se aborda el proceso que lleva a la creación por decreto de la Fundación Argentina de Nanotecnología (FAN) y se reseñan las críticas que recibió el modelo adoptado. En la segunda etapa (2007 en adelante), que inicia con la creación del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva (MINCyT), se estudia un modelo de gobierno "nano" que combina la institucionalidad experta y la estandarización normativa global. Se concluye que el carácter inestable y polisémico de los nano-objetos posiciona distintos tipos de conocimiento como mediadores de los formatos regulatorios e institucionales. En este sentido, el trabajo pretende contribuir: a) en general, a las discusiones actuales sobre los modos que tiene el derecho de estabilizar objetos controvertidos; b) en particular, a describir cómo los operadores legales visualizan a los nano-objetos en Argentina.*

Palabras clave: *estudios sociales de la ciencia y la tecnología (ESCT), derecho y nanotecnologías, nanotecnologías en Argentina; nano-objetos, regulación de objetos controvertidos.*

Conicet – Centro de Investigaciones en Derecho FCJS-UNL (Argentina). Becario Conicet (Argentina). Docente de Derecho Civil II (Obligaciones) y de Derecho de Daños en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (FCJS-UNL). Investigador Centro de Investigaciones en Derecho (FCJS-UNL).
Orcid ID: https://orcid.org/0000-0002-7395-2630
gbailo@fcjs.unl.edu.ar

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

Abstract: *This paper is framed in the area of Science and Technology Studies (STS) that studies the relationships between law, democracy and nanotechnologies. It is analyzed nanotechnologies regulatory experience in Argentina between 2001-2017 by tracing and processing national bills, institutional initiatives and expert discourses committed on the coproduction of a "nano" scientific-legal knowledge. It is identified two major phases. The first phase (2001-2006) leads to the creation by decree of the Argentinian Nanotechnology Foundation (FAN) and includes several critics about it. The second phase (2007-present) begins with the creation of Science, Technology and Productive Innovation Ministry (MINCyT) and adopts a "nano" governance model that combines expert institutionalism with the implementation of global standardization regulation. It is concluded that the instability and polysemic character of nano-objects repositions various types of knowledge as mediators of regulatory and institutional models. This paper aims to contribute: a) in general, to current discussions about the legal modes of stabilizing controversial objects; b) in particular, to describe how legal actors visualize nano-objects in Argentina.*

Keywords: *science and technology studies (STS), law and nanotechnologies, nanotechnologies in Argentina, nano-objects, controversial objects regulation.*

Resumo: *Este trabalho faz parte da linha de Estudos Sociais da Ciência e Tecnologia (ESCT) que estuda as relações entre direito, democracia e nanotecnologias. Analisa-se a experiência de regulação das nanotecnologias na Argentina no período 2001-2017, a partir do rastreamento e processamento de projetos legislativos, iniciativas institucionais e discursos de especialistas comprometidos na coprodução dum conhecimento científico/jurídico "nano". Identificaram-se duas grandes etapas. A primeira (2001-2006) aborda o processo que leva à criação por decreto da Fundação Argentina de Nanotecnologia (FAN) e inclui as críticas ao modelo adotado. A segunda (2007- presente), que começa com a criação do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação Produtiva (MINCyT), adota um modelo de governo "nano" que combina institucionalidade especializada e estandardização normativa global. Conclui-se que a natureza instável e polissêmica dos nano-objetos posiciona diferentes tipos de conhecimento como mediadores dos formatos regulatórios e institucionais. Nesse sentido, o trabalho visa contribuir: a) em geral, às discussões atuais sobre as formas em que o direito estabiliza objetos polêmicos; b) em particular, a descrever como os operadores legais visualizam aos nano-objetos na Argentina.*

Palavras-chave: *estudos sociais da ciência e tecnologia (ESCT); direito e nanotecnologias, nanotecnologias na Argentina, nano-objetos, regulação de objetos polêmicos.*

Recibido: 20180322
Aceptado: 20180425

Sumario

Introducción. La inestabilidad de los nano-objetos. 1. Etapa 2001-2006. Puertas de entrada de los nano-objetos al mundo regulatorio. 2. Tensiones y renegociación de la nanografía. 3. Etapa 2007-actualidad. Los nano-objetos reordenando el espacio de lo público y lo privado. 4. Las experiencias regulatorias. 5. La polisemia de la nano-objetualidad. Algunas conclusiones provisorias

Introducción. La inestabilidad de los nano-objetos

Este trabajo se enmarca en una línea de los Estudios Sociales de la Ciencia y la Tecnología (ESCT) que estudia las relaciones entre derecho, democracia y nanotecnologías. Se analiza la experiencia de regulación de las nanociencias y nanotecnologías (N&N) en Argentina en el período 2001-2017, a partir del rastreo y procesamiento de proyectos legislativos, iniciativas institucionales y discursos expertos comprometidos en la coproducción de un saber científico/jurídico "nano".

Se entiende que el estudio de la nano-objetualidad exige revisitar la relación que existe entre los distintos tipos de conocimientos comprometidos en la tarea de regulación y construcción de la institucionalidad pública, es decir, explorar la medida en que los modelos regulatorios dependen de los agenciamientos inscriptos en los objetos de la tecnociencia.

Una primera respuesta a ello, casi intuitiva, presupone que los nano-objetos son entidades perfectamente demarcadas, listas para ser reguladas por los medios que el derecho tiene a su disposición. En esta respuesta se asume que las sociedades esperan cosas diferentes de la ciencia y del derecho. La ciencia debe describir el universo "nano" tal cual se presenta, y el derecho debe custodiar esos avances regulando mejor las relaciones sociales que están bajo su cuidado. Este enfoque ha predominado en los textos que provienen de las instituciones tradicionales del Estado, v.g. en los proyectos legislativos

presentados en el Congreso de la Nación en el período 2001-2014 y en los fundamentos del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional Nº 380/2005 que creó la Fundación Argentina de Nanotecnología (FAN).

Una segunda respuesta concibe a los nano-objetos como objetos altamente inestables y controvertidos. En esta tesitura, la estabilización de la nano-objetualidad es una empresa común, que incumbe tanto a la ciencia como al derecho, y que moviliza una gran cantidad de recursos y crea sus propias audiencias. Si las controversias sobre estos procesos, que involucran a expertos, funcionarios políticos y a la ciudadanía en general, son parte de la política democrática moderna (cfr. Jasanoff, 2011, 20), el estudio de la estabilización y desestabilización de los nano-objetos impide aislarlos de sus redes institucionales y programas regulatorios (cfr. Laurent, 2017). El modelo de estabilización de los nano-objetos en Argentina ha sido asumido principalmente por expertos involucrados en redes de investigación de N&N que fueron alcanzando distintos niveles de adscripción en la institucionalidad pública. Este modelo se reforzó a partir de la sincronización de la nano-objetualidad local con la estandarización técnica global y por la prácticamente nula participación ciudadana en los mecanismos de gobierno de las N&N.

De esta manera, las controversias que se tejen alrededor de los objetos de la tecnociencia problematizan la confianza en el conocimiento científico como custodio del interés público (cfr. Nelkin, 1995, 450), y ponen de manifiesto la posibilidad de reescribir las reglas de la práctica política en momentos de cambio científico y tecnológico (Nelkin, 1987, 284; Jasanoff, 2011). Como lo expresa Hermitte, que los objetos de la ciencia y la técnica pasen "del estado de objetos aleatorios y separados al de objeto político central" (2007, 18), conduce a modificaciones institucionales que involucran a todos los poderes del Estado (2007, 41).

1. Etapa 2001-2006. Puertas de entrada de los nano-objetos al mundo regulatorio

En Argentina, el primer proyecto de ley que incluyó a las nanotecnologías como una línea prioritaria de investigación data de Abril de 2001 y tuvo al Senado como cámara de origen[1]. En este documento se preveía la creación de un "Plan Estratégico de Ciencia y Tecnología" en cabeza de la autoridad de aplicación de ciencia y tecnología y la presentación de un "Informe Bianual"

respecto al estado de su ejecución. El proyecto incluía la nanotecnología como un área “considerada prioritaria por la comunidad internacional” y reservaba a la autoridad de aplicación en ciencia y tecnología “las acciones conducentes para avanzar en materia de investigación”[2].

En el año 2003 la Secretaría de Ciencia y Tecnología (SECyT) definió a las N&N como áreas de interés y vacancia en Argentina (Salvarezza, 2011)[3]. En el año 2004 se incluyó en forma explícita a las N&N en el Programa de Áreas de Vacancias (PAV)[4], y se convocó a la constitución de Redes a través de la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica (ANPCyT)[5]. En 2005 también se crea el Centro Argentino-Brasileño de Nanociencia y Nanotecnología (CABNN), destinado a la coordinación de acciones conjuntas con Brasil, como la formación de recursos humanos y la realización de conferencias (Observatorio CTS, 2011; Salvarezza, 2011).

En Marzo de 2005, el diputado Jorge R. Giorgetti (PJ) presentó el primer proyecto legislativo que trató específicamente sobre nanotecnologías[6]. El proyecto constaba de 5 artículos, en los que proponía la “Creación del Instituto Argentino de Nanotecnología” en el Ministerio de Economía, en coordinación con la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Nación[7].

En los fundamentos, se establecía que era necesario un cambio en el perfil productivo del país, y que la nanotecnología implica “el nacimiento de un nuevo paradigma industrial. Es una nueva revolución industrial. Es después de la informática y la biotecnología la que mayores posibilidades y capacidades tiene para influir en la salud, la riqueza y la vida de nuestra gente”[8]. Los fundamentos se encargaron de manifestar algunas de sus aplicaciones en los sectores productivos, y aluden a la conveniencia que Argentina encuentre “su especialización” en los mercados[9].

Sin embargo, la puerta de entrada de los nano-objetos al derecho vigente no fueron los proyectos legislativos precitados, sino una gestión del Poder Ejecutivo que culminó con el dictado del Decreto 380/2005. En los primeros días de Noviembre de 2004, los principales periódicos de Argentina se hacían eco de los anuncios del Ministro de Economía de la Nación, Roberto Lavagna, respecto a un plan para el desarrollo local de nanotecnologías. La iniciativa se sustentaba en un acuerdo con la empresa multinacional Lucent-Technologies (ex *Bell Laboratories*) para fabricar en el país semi-

conductores y chips en miniatura[10]. Debido al interés en el desarrollo de piezas microscópicas con aplicaciones en medicina, óptica y comunicaciones, en este plan se preveía la participación de la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA), la firma Invap de Río Negro, y se extendía la invitación a otras empresas que desearan formar parte de la iniciativa. El Ministerio justificaba la necesidad de buscar cooperación empresarial en el alto costo requerido para la producción nanotecnológica.

Las actuaciones administrativas en la órbita del Ministerio de Economía y Producción de la Nación –Exp-S01:0063812/2005– finalizaron el 27 de Abril de 2005 con el dictado del Decreto 380/2005. El decreto autorizó al Ministerio a constituir la Fundación Argentina de Nanotecnología (FAN), sobre la base de dos anexos que formaban parte de la norma: el proyecto de "Acta de Constitución"[11] y el proyecto de "Estatuto"[12].

En los fundamentos del decreto se mencionó la necesidad de "competir internacionalmente en la aplicación y desarrollo de micro y nanotecnologías que aumenten el valor agregado de productos destinados al consumo interno y la exportación", y se extendió el interés inicial centrado en el desarrollo de piezas microscópicas a otros sectores de la economía, "entre los que sobresalen el de los alimentos, y otros de base tecnológica, como el de la biotecnología"[13].

Lavagna dejó el Ministerio en noviembre de 2005 y la FAN se puso en marcha bajo la gestión de su reemplazante, Felisa Miceli, quien desplazó la posición dominante de Lucent. En agosto de 2006, Miceli creó el Consejo Asesor de la FAN e hizo público que la fundación financiaría entre el 50 y el 80% del costo total de las iniciativas que se seleccionaran, con un monto máximo de dos millones de dólares (Iprofesional, 2006).

La fundamentación económica de los nano-objetos comenzó a ganar lugar en el discurso de los expertos que comenzaban a ocupar los nuevos espacios institucionales[14]. Lino Barañao, por ese entonces tesorero de la FAN y Director de la ANPCyT, definía a las nanotecnologías como "una nueva revolución industrial" que "va a impactar en toda la cadena productiva" (Iprofesional, 2006). En base a ello, Barañao entendía que la selección de proyectos requería de un criterio de gestión empresarial, que destinara el dinero a "las ideas con mayor impacto" (La Razón, 2006)[15].

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

Al mismo tiempo, el Plan Estratégico Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación "Bicentenario" (2006-2010) establecía –junto con otras áreas de estudio– a la Nanotecnología como área prioritaria. A partir de ello, la ANPCyT inició el Programa de Áreas Estratégicas (PAE), a través del cual se aprobaron dos proyectos relacionados con la Nanotecnología que permitieron conformar nuevas redes articuladas con actores del sector productivo (MINCyT, 2012b, 8).

2. Tensiones y renegociación de la nanografía

Las tensiones

La inscripción legal de los nano-objetos por la vía del Decreto 380/2005, aunque estilizada por la pluma economicista, no tardó en generar reacciones adversas en el campo político y científico.

En un Comunicado firmado por Dr. J. Raúl Grigera, la Comisión Directiva de la Asociación Física Argentina (AFA), hizo dos consideraciones respecto al Decreto 380/2005. En primer lugar, expresó su aprobación respecto de la inversión en el área, por ser "aquella en la que el mundo desarrollado está haciendo las más grandes inversiones previendo que el desarrollo futuro se sustentará sobre la nano y microtecnología". En segundo lugar, que no resulta claro que en el proceso se hayan cumplido con los mecanismos previstos por los sistemas de acreditación y evaluación de proyectos con los que cuenta el sistema científico tecnológico nacional, regulados por la Ley Nº 25.467[16]. La AFA cierra su Comunicado, diciendo que las instituciones que actualmente tienen involucrado personal e instalaciones en el desarrollo en la nano y micro-tecnología en nuestro país "deberían ver incrementadas sus capacidades evitando que se generen nuevas estructuras a costa de lo logrado hasta el presente".

En el campo parlamentario, la diputada Lilia Puig de Stubrin, que presidía la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara de Diputados, a través del proyecto de resolución 2844-D-05, solicitó al poder ejecutivo un informe sobre algunos puntos controvertidos del Decreto 380/2005[17]. Se advertía respecto de la creación de la FAN por fuera del marco legal que regulaba las actividades de ciencia, tecnología e innovación productiva y sin la participación de la Secretaría de Ciencia y Tecnología. Señalaba que una ad-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

judicación directa de fondos terminaba quebrando el sistema científico-tecnológico nacional[18].

La diputada también advertía que, según el estatuto, la FAN tiene márgenes para actividades más allá de la micro y nanotecnología, por lo que pidió también al Poder Ejecutivo que explique de quién serán las patentes de los productos que se desarrollen en la Fundación y "si se ha previsto que, por falta de empresas que desarrollen nanotecnología en el país, los recursos humanos que se capaciten podrían terminar en el exterior".

Por otra parte, el 30 de Septiembre de 2005, el Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología (CECTE)[19] emitió una declaración respecto del Decreto Nacional 380/2005. El Comité expresó que dicha normativa provocó inquietudes en los científicos del país, y en particular en la Asociación Física Argentina (ver *ut supra*), que solicitó una expedición del CECTE sobre los aspectos éticos comprometidos. El CECTE entendió que para concretar los resultados positivos de la inversión en Ciencia y Tecnología "se requiere que la gestión y el uso de fondos que son públicos (por lo tanto, aportados por la sociedad en su conjunto) se realice de modo totalmente transparente". A tales fines, prosigue el razonamiento, Argentina cuenta con la Ley 25.467, Ley Marco de Ciencia, Tecnología e Innovación, cuya finalidad es regular la investigación básica y tecnológica[20].

Cabe destacar que el CECTE tiene entre sus objetivos el estudio y elaboración de protocolos sobre principios éticos en la práctica científica y tecnológica en relación a salud humana y medio ambiente. Sin embargo, el Comité en este informe apenas hizo mención, en una nota a pie de página, a que en materia de nanotecnologías "junto a los posibles beneficios existen potenciales consecuencias cuyas implicaciones sociales deben preverse y analizarse".

Paralelamente a estas discusiones, distintos documentos e investigaciones dieron cuenta de la influencia del gobierno estadounidense en la diagramación y financiación de proyectos en el sector nanotecnológico local (cfr. Ferrari, 2005a; Foladori, 2006; Andrini y Figueroa, 2008), lo que despertó críticas y resistencias en la comunidad científica (Página 12, 2005d) y en miembros del poder legislativo (Ferrari, 2005c), en especial frente a la posición esgrimida por el –por entonces– Secretario de Ciencia y Tecnología de la Nación (Ferrari, 2005b)[21]. La controversia se originó a raíz de un pedido de informes –encabe-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

zado por la diputada Puig de Stubrin– en 2005[22], a lo que siguió en 2006 el pedido de informes de otro grupo de diputados, pero esta vez en torno al financiamiento por parte de agencias militares estadounidenses de una Conferencia que se había realizado en Bariloche, lo cual desencadenó en la renuncia del gerente del Centro Atómico Bariloche (cfr. Foladori, 2006)[23].

En 2007, el diario Página 12 –que se había abocado al seguimiento de varias controversias asociadas al gobierno de las N&N en Argentina– recogió el testimonio de un especialista en biodiversidad que consideraba que la nanotecnología engloba dos mecanismos de regulación económica: los derechos de propiedad intelectual y el control tecnológico (Premici, 2007)[24]. El periódico también recoge las palabras de Daniel Lupi, por entonces director del Centro de Electrónica e Informática del INTI, que entendía que "el valor adicional de utilizar nanotecnología en un producto servirá para beneficiar, en las primeras etapas, a las empresas que ya fabrican un producto determinado (…)" (Premici, 2007)[25].

Por otra parte, el 22 de Marzo de 2010 la Auditoría General de la Nación (AGN) presentó un informe de auditoría de gestión (Resolución Nº 32/2010) que evaluó las actuaciones de la FAN en el período comprendido entre el 31/08/05 y el 30/06/08. La AGN analizó tanto aspectos institucionales y organizativos como sustantivos y financieros.

Entre los aspectos institucionales y organizativos destacó que el Ministerio de Economía siguió participando en las decisiones de nombramiento pese a las prescripciones de la ley 26.338, la falta de organigrama formal en la fundación, los incumplimientos a la hora de cubrir cargos fundamentales (Director General, Comité Ejecutivo), la falta de dinamismo para tomar decisiones, las infracciones en las contrataciones de personal, la ausencia de un mecanismo de control de horarios para el personal, y la falta de sistema de mesa de entradas y registración de tramitaciones internas.

En los aspectos sustantivos la auditoría destacó que la FAN no alcanzó ninguna de las metas anuales que se habían previsto, que sus convocatorias para ideas-proyecto no se registraban y tenían vicios formales y que los convenios suscriptos con entidades públicas y privadas adolecían de graves irregularidades en su formación y en el control de su ejecución (contratos sin fecha, firmados por persona diferente del Director, etc.).

Finalmente, en los aspectos financieros, la AGN expresó que en el trienio 2005/2007, ingresó a la FAN la suma de $ 19.179.573. De esa suma el 93,91% correspondió a aportes del Estado, 6,04 % a ingresos financieros y el 0,05% restante a ingresos propios. De esos ingresos se gastó el 3,90% del total, es decir $ 748.379, correspondiendo la mayor parte a gastos administrativos. La AGN concluyó que "los fondos aportados por el Estado a la FAN no fueron invertidos en los objetivos para los cuales fue creada"[26].

Las renegociaciones

En Junio de 2005 la diputada Puig de Stubrin (UCR) –con otros legisladores– presentó un proyecto de ley que retomaba las críticas que formuló desde su lugar de presidenta de la comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara de Diputados (ver *ut supra*)[27]. Este proyecto proponía adecuar el diseño de las políticas de desarrollo de micro y nanotecnologías al esquema institucional vigente por ese entonces, previendo la intervención de la antigua Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva de la Nación, que debía presentar el plan estratégico con un horizonte mínimo de diez años, con actualizaciones y rendiciones de cuentas trianuales al Congreso.

Asimismo se preveía que ese plan debía satisfacer las prescripciones de la ley 25.467, es decir, debía adecuarse al marco general de políticas científicas. También incluyó una serie de requisitos mínimos que el plan debía satisfacer, entre los que se contaban la priorización de las líneas que ofrecieran mejores "ventajas competitivas", la protección de las invenciones locales, la incubación de emprendimientos, etc. Respecto al financiamiento, se preveía reemplazar la discrecionalidad por mecanismos de concurso y evaluación de proyectos acorde a las pautas del sistema nacional de CyT, ley 25.467 y conexas.

Se reemplazaba la Fundación Argentina de Nanotecnología por el Fondo Argentino de Nanotecnología (misma sigla) dentro del Ministerio de Economía y Producción, y se regulaban las atribuciones de los órganos, el organigrama y la composición de su patrimonio[28].

En los fundamentos de este proyecto se apreciaba una mirada más cautelosa hacia la política en el sector de las nanotecnologías[29]. Se expresaba que Argentina tiene una experiencia muy incipiente, y no dispone ni del equipamiento, ni del personal ni de las industrias con capacidad para el desarrollo

de productos vinculados a la nanotecnología. A criterio de este grupo de diputados, los mecanismos que fija el Decreto 380/2005 parecen beneficiar sólo a un reducido grupo de investigadores que tienen contactos personales con una empresa extranjera particular.

Se decía que de continuar con el modelo de inversión del Decreto 380/2005 o de adoptar la institucionalidad propuesta por el proyecto 1357-D-05 (analizado *ut supra*), los recursos humanos formados no tendrían otra opción que emigrar al exterior, dado que el país “no contaría con una infraestructura para la producción de productos nanotecnológicos, ni habría puestos de trabajo en el sistema de C&T o en el sector privado”.

El contraproyecto no se hizo esperar. Los diputados Miguel Dante Dovena (FPV-PJ) y Jorge Raúl Giorgetti (FPV-PJ) presentaron en Diciembre de 2006 un proyecto de ley marco de la industria nanotecnológica de nueve artículos[30]. Una de las novedades respecto a los proyectos anteriores fue la incorporación al propio texto de algunas definiciones técnicas, en particular la de nanoproducto o nanocomponente, o la de industria nanotecnológica (ver *infra*). La autoridad de aplicación prevista era el Instituto Argentino de Nanotecnología (IANATEC), dentro de la órbita del organismo de mayor jerarquía en materia industrial del PEN, con autarquía operativa y financiera. Conforme a la tónica de los proyectos presentados por este bloque, el IANATEC se pensaba sometido a una fuerte influencia del Poder Ejecutivo (reglamentación, nombramientos, presupuesto, etc.).

En términos generales los fundamentos son similares a proyectos anteriores, aunque aparece por primera vez la consideración “que la totalidad de los avances está concentrada en los países más poderosos del mundo, lo que permite anticipar las dificultades que tendrá el conjunto de la población mundial para acceder a los beneficios de esta tecnología”, pero con el temor que “aquellos países que no intervengan ni participen activamente en este proceso, verán ampliada la brecha con los más desarrollados, lo que a mediano plazo se traducirá en mayor exclusión social”[31].

En el año 2008, el diputado Miguel Dante Dovena presentó un proyecto prácticamente similar al precitado[32]. Las únicas modificaciones respecto al texto de 2006 fueron el cambio de nomenclatura del proyectado Instituto Argentino de Nanotecnología (IANATEC) a Instituto Nacional de Nanotecno-

logía (INNATEC), la composición de su Consejo Directivo y la forma de solventarlo. Los fundamentos de ambos proyectos tienen variaciones ínfimas, pero comparten tres cuestiones centrales: a) "que la adecuada política de comercialización de nuestros productos básicos o commodities (…), ha actuado y actúa de sostén social, evitando la profundización de la pobreza y permitiendo una sustancial mejora de la calidad de vida" (…); b) que "no podemos esperar que el crecimiento de nuestro país sea exclusivamente a base de exportar materia prima, que por definición es el comienzo en la cadena de valor de un producto manufacturado"; c) que se aprecia la "necesidad de ir a la búsqueda de productos con valor tecnológico agregado".

3. Etapa 2007-actualidad. Los nano-objetos reordenando el espacio de lo público y lo privado

El discurso de las nanotecnologías ya no podía sostenerse desde la estructura creada por el Decreto 380/2005 ni apelando al discurso de la biotecnología agrícola. En el año 2007 la SECyT desaparece y se crea el Ministerio de Ciencia y Técnica e Innovación Productiva (MINCyT). El MINCyT continuó considerando a las N&N como prioritarias para el país junto con las TICS y la biotecnología y la FAN pasó a depender del nuevo ministerio[33].

En 2008, se creó el Centro Interdisciplinario de Nanociencia y Nanotecnología (CINN), que reunía a cerca de 80 investigadores de las principales instituciones de Buenos Aires, La Plata y Bariloche. En el mismo año, se creó el Instituto de Nanociencia y Nanotecnología (INN) de la CNEA.

Cabe también señalar que en el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación "Argentina Innovadora 2020", la Nanotecnología es una de las tres Tecnologías de Propósito General consideradas como prioritarias, en particular por sus "múltiples aplicaciones posibles en diversas áreas como industria y agroindustria, ambiente, energía, salud y tecnologías sociales" (MINCyT, 2012a, 9)[34].

La ANPCyT, a través del Fondo Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (FONCyT), aprobó en el período 2000-2008 más de 160 proyectos relacionados con la nanotecnología (MINCyT, 2012b). En 2010, la ANPCyT inició el programa Fondos Argentinos Sectoriales (FONARSEC), al que solo podían aplicar consorcios público-privados. Este programa defi-

nió dos grupos de fondos: los Fondos de Innovación Tecnológica Sectorial (FITS) y los Fondos Tecnológicos Sectoriales (FTS). Cabe también destacar en la ANPCyT los Aportes No Reembolsables Biotecnología, Nanotecnología y TIC (ANR BIO NANO TIC) del Fondo Tecnológico Argentino (FONTAR), que tienen por objeto mejorar las estructuras productivas y la capacidad innovadora de las empresas productoras de bienes y servicios del sector de las nanotecnologías (nanomateriales, nanointermediarios y nanosensores)[35].

La convocatoria de Fondos Sectoriales en Alta Tecnología de nanotecnología 2010 tuvo como objetivo financiar parcialmente proyectos orientados a generar plataformas tecnológicas o espacios para promover la innovación en el sector para así lograr el desarrollo de productos y/o tecnologías de aplicación general con potencial impacto en áreas productivas (MINCyT, 2013, 5)[36].

En 2011 el MINCyT y la Comunidad Europea firman el acuerdo de cooperación internacional "Programa Fortalecimiento de la Competitividad de las PYMES y Creación de Empleo en la Argentina", que buscaba mejorar la competitividad del sector privado agregando conocimientos y valor a sus productos y servicios (cfr. Salvarezza, 2011).

En cuanto a las iniciativas legislativas de esta etapa, en Julio de 2014, los senadores nacionales Adolfo Rodríguez Saá (PJ San Luis) y Liliana Negre de Alonso (PJ San Luis) presentaron un proyecto que proponía un marco legal común para las nanotecnologías, la física cuántica y la biología sintética[37]. Se preveía la creación de un Instituto Nacional de Nanotecnología, Física Cuántica y Biología Sintética (INFIBI), como un ente autárquico dentro del ámbito del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva de la Nación. El proyecto reservaba para el INFIBI funciones de investigación, educación y extensión, y lo estructuraba en tres órganos (Comisión Asesora Nacional; Consejo Directivo Nacional; Dirección General Nacional), previendo asimismo la participación de todas las provincias y una cantidad apreciable de representantes académicos en la Comisión Asesora (el PEN sólo podía elegir un representante). Había en el articulado una clara disminución de la injerencia del PEN en el gobierno del ente, ya que el presidente de la Comisión podía ser cualquier integrante elegido por mayoría simple. Se preveía una eximición de derechos de aduana para todos los materiales (máquinas, libros, productos químicos, etc.) que debieran introducirse del extranjero para

cumplir con los fines propuestos, y se proyectaban algunas modificaciones formales en la Ley 26.270 de promoción de la biotecnología moderna[38].

4. Las experiencias regulatorias

En el campo de las N&N, la idea clásica de regulación de una actividad o industria a través de la legislación ha sido reconceptualizada. Dalton-Brown (2015, 77), por ejemplo, reseña cuatro tipos de enfoques regulatorios. Primero, los registros (v.g. *UK Voluntary Reporting Scheme*, *Swiss Nano-inventory*). Segundo, los sistemas de gestión de riesgo, que pueden ser estatales (v.g. *NanoKommission*) o privados (v.g. *NanoRisk Framework*). Tercero, los códigos de conducta generados por las agencias del Estado, las ONG o los privados (v.g. *IG-DHS Code of Conduct for Nanotechnology*, *BASF Code of Conduct Nanotechnology*). Cuarto, la regulación vigente que pueda ser aplicada a las nanotecnologías (leyes ambientales, códigos civiles, etc.).

El formato de presentación de esta regulación, descentralizado e interdisciplinar, representa el reordenamiento del poder y de las prioridades en nuestras sociedades (Hodge et al, 2010, 10), por lo que la proliferación de nano-objetos es un desafío para las técnicas jurídicas tradicionales (Bailo, 2014, 105).

Como se anticipó *ut supra*, una de las primeras menciones locales a las necesidades regulatorias en materia de N&N proviene de la Declaración sobre el Decreto 380/2005 que emitió el CECTE el 30 de Septiembre de 2005. En una nota a pie de página, el Comité declaró que en materia de nanotecnologías "junto a los posibles beneficios existen potenciales consecuencias cuyas implicaciones sociales deben preverse y analizarse".

Como explica Nelkin (1975, 35), a medida que ciertas tecnologías se perciben controversiales, los propios científicos, cuya experticia es la base de las decisiones técnicas, se ven envueltos también en discusiones públicas. De acuerdo al CECTE, los aspectos éticos y jurídicos de las N&N fueron discutidos por grupos de expertos en dos eventos subsiguientes. En la Segunda Reunión Argentino-Brasileña "Ciencia, Tecnología y Sociedad", que tuvo lugar del 5 al 8 de Junio de 2006 en el Museo Argentino de Ciencias Naturales "Bernardino Rivadavia", se abordó el problema de las condiciones éticas del desarrollo de las N&N. Lo propio tuvo lugar en las Primeras Jornadas

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

"Ética en el Acceso al Conocimiento" que tuvieron lugar el 2 y 3 de octubre de 2006, en las que –entre otras cosas– se discutieron cuestiones vinculadas al patentamiento y las diferentes propiedades de las sustancias químicas conocidas en la macro y nanoescalas. Ambos eventos estaban vinculados al Programa Argentino-Brasileño de Ética en la Ciencia y la Tecnología rubricado en Noviembre de 2004 y que entró en vigencia en 2006.

En Agosto de 2006, la Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva (SCTIP) dictó la Resolución 1084/2006, correspondiente al reglamento operativo de las diversas líneas de financiamiento del Programa de Modernización Tecnológica III[39]. El Anexo III del Reglamento, dedicado a la Gestión Socio-Ambiental, puso en cabeza de la Unidad de Gestión Socio-Ambiental – dependiente de la ANPCyT– el cumplimiento de los criterios ambientales[40]. El artículo 21 inciso l de este Anexo, expresa que el monitoreo y revisión socio-ambiental de proyectos incluirá aquellos más riesgosos, e incluye "tecnología de mecánica y materiales, incluyendo la nanotecnología, donde pueda haber impactos negativos ambientales o riesgos a la salud humana".

De esta manera, las instituciones que se apoyan en la autoridad científica de sus miembros vuelven colectivas las decisiones políticas relativas a la inserción de innovaciones científicas y tecnológicas en la sociedad (Bailo y Levrand, 2017, 63), aunque esta integración de expertos a la decisión pública y los formatos regulatorios alternativos a menudo no satisfacen los criterios democráticos (cfr. Desmoulin- Canselier y Lacour, 2011).

En Noviembre de 2007, el Ministerio de Salud dictó la Resolución 1490/2007, que aprobó la Guía de las Buenas Prácticas de Investigación Clínica en Seres Humanos. La norma contenía referencias a las nanotecnologías en el glosario especializado para medicina genómica-proteómica y medicina regenerativa, como una de las disciplinas que requieren validación científica en un marco ético apropiado. La norma define a la medicina regenerativa como una especialidad de naturaleza eminentemente interdisciplinaria, que incluye conceptos de ramas tan diversas "como la biología celular y molecular, la microfabricación, la robótica y ciencias de los materiales, particularmente a escala nano (10-9 unidades): nanotecnología, para diseñar partes de reemplazo del cuerpo humano". La norma fue reemplazada por la Resolución 1480/2011 del Ministerio de Salud, que aprobó una nueva Guía para Investigaciones con Seres Humanos, que no contiene referencias a las N&N.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

En Agosto de 2008 una serie de expertos de distintas disciplinas se reunieron en el marco de la Conferencia Internacional para la Investigación Responsable en Nanociencia y Nanotecnología[41] para discutir la posibilidad de adoptar un Código de Conducta en estas áreas[42]. De acuerdo a los registros del MINCyT, en esta Conferencia Lino Barañao enfatizó la necesidad de "prever las posibles consecuencias negativas de la Nanotecnología, así como también aprovechar el impacto de estas nuevas tecnologías para el desarrollo social y económico de la región". El ministro destacaba también que estos eventos "*demuestran la preocupación del mundo científico por prevenir riesgos y por informar a la sociedad de manera adecuada* a fin de que se puedan aprovechar plenamente los beneficios que ofrecen la nanociencia y la nanotecnología" –el resaltado nos pertenece– (MINCyT, 2008).

No obstante ello, los ESCT han puesto en duda que la resolución de los conflictos dependa de más investigación, mejor evidencia y mejor asesoramiento experto (Nelkin, 1987, 284), dado que "en las disputas políticas y jurídicas muchas veces es suficiente plantear preguntas críticas ante los expertos para así relativizar o incluso socavar su monopolio de experticia" (Stehr, 2013, 65).

En esta Conferencia se debatieron, entre otras cuestiones, el papel del principio precautorio y la evaluación fundada del balance entre los beneficios de las innovaciones y sus riesgos. Según el CECTE, la mayoría de las opiniones convergieron alrededor de: a) la necesidad de contribuir a crear una opinión pública informada; b) la importancia de evaluar los riesgos de los nanobjetos que llegan al mercado, tanto los de producción nacional como los que ingresan desde el exterior; c) impulsar políticas tendientes a la formación de especialistas en los conocimientos y técnicas específicas exigidas para analizar la toxicidad de nanobjetos. El Comité reseña también que en este evento se propuso la creación de un Observatorio de N&N que accediera a bases de datos de investigaciones sobre riesgos en este campo y se discutieron las ventajas de contar con un código de ética en N&N (cfr. BET, 2009, 3).

A raíz de ello, se acordó que el CECTE, con la participación de investigadores e industriales y de la FAN, iniciaría en el ámbito del MINCyT el proceso de elaboración de ese código. Para el CECTE, el código estaba pensado como una plataforma para el diálogo sobre la N&N *entre instituciones científicas y de financiamiento e industriales con el resto de la sociedad destinado a in-*

formar y favorecer la confianza social en la investigación. En el mismo sentido, el CABNN en distintas reuniones ha propuesto avanzar en la difusión de un Código de Ética nano, crear un "Observatorio Nano" e incluir la temática de riesgos en la enseñanza de las N&N y en el diseño de los proyectos.

La falta de consenso respecto de las definiciones fundamentales en el campo de las N&N ha hecho que las organizaciones que se dedican a la estandarización se interesaran especialmente en clarificar el lenguaje a emplear (cfr. Hodge et al, 2010, 2). En 2005, con la finalidad de avanzar en la estandarización en el campo de las nanotecnologías, la Organización Internacional de Normalización (ISO) creó el Comité Técnico ISO/TC 229. El Comité cuenta con 37 países en calidad de participantes y 14 en calidad de observadores, y lleva publicadas 53 normas estandarizadas[43]. Cuenta también con varios subgrupos de trabajo según el área de incumbencia y la colaboración que recibe de otras organizaciones[44]. Las organizaciones de estandarización entienden a las normas como documentos técnicos que representan el estado de la ciencia y de las mejores prácticas en un momento dado, y contienen información consensuada por todas las partes interesadas. Para algunos autores el criterio escalar que adoptó ISO se traduce en una estandarización que se presenta como "hecha por la ciencia" para asegurar que los objetos circulen en mercados globales (Laurent, 2017, 96).

Argentina participa en el Comité ISO/TC 229 como país observador a través del Instituto Argentino de Normalización y Certificación (IRAM). En 2008, el IRAM creó un comité de nanotecnologías que está conformado por especialistas locales de diversas disciplinas, y sigue, como miembro observador, los avances en materia de normalización técnica del ISO/TC 229. El comité tiene como función principal establecer políticas y líneas de acción para el desarrollo de la normalización en el área de las nanotecnologías. El Subcomité de nanotecnologías que funciona en el mismo Comité, tiene como función el desarrollo de normas en el campo de las tecnologías que se desarrollan en la escala nanométrica, en particular, terminología; medición y caracterización; salud, seguridad y aspectos ambientales; y especificación de materiales.

En materia de nanotecnologías, el IRAM dispone de dos normas catalogadas como CGN[45], la norma 39501 sobre vocabulario y la 39502, de hoja de datos de seguridad; y dos normas catalogadas como ANT[46], la norma 39503, de metodología para la evaluación del riesgo de nanomateriales y la norma

39504, de gestión del riesgo ocupacional aplicado a nanomateriales de ingeniería, principios y enfoque basado en control de bandas[47]. El alcance de la estandarización que se realiza desde los organismos de normalización abarca tanto el entendimiento y control de los procesos que ocurren a nanoescala como la utilización de las propiedades de esos materiales[48].

Las definiciones que traen los organismos de estandarización pueden obliterar del plano técnico los intereses que provienen de las audiencias locales. En ese sentido, los dispositivos de participación pública no son ajenos a las controversias acerca de las nanotecnologías. En Argentina la discusión por los productos de las N&N no ha producido modificaciones en el derecho de fondo (v.g. códigos de derecho privado, normas ambientales y de consumo), como sí ha sucedido, por ejemplo, en Francia. Este país, luego de haber organizado un debate público sobre nanotecnologías en 2010, incorporó a través de distintas reformas a su Código del Medioambiente (*Code de l'environnement*) mecanismos de prevención de riesgos resultantes de la exposición a "sustancias en estado nanoparticulado" (*substances à l'état nanoparticulaire*) en los artículos 523-1/8. El Código consagró dos tipos de obligaciones para las personas que fabrican, importan o distribuyen estas sustancias. La primera es la obligación de declarar a la autoridad administrativa la identidad, calidad y usos de estas sustancias y la identidad de los usuarios involucrados en su manipulación, con el fin de garantizar la trazabilidad y la información al público. La segunda es que, a pedido de la autoridad administrativa, proporcionen información respecto de los peligros, potenciales exposiciones, y toda información útil para la evaluación de riesgos a la salud o al ambiente[49].

Lo que hace complejas estas regulaciones es la propia inestabilidad de los nano-objetos. El Boletín Estadístico Tecnológico (BET) nº 3 de 2009 del MINCyT expresó que "una de las principales dificultades para analizar los posibles riesgos de la nanotecnología es que se trata de un término global y que no se emplea a una sola tecnología o aplicación" (3). Este estudio reconoce que pueden existir riesgos con el medio ambiente y la salud asociados con la emisión no regulada de algunas nanopartículas de diseño durante el desarrollo, la fabricación, incorporación, uso o eliminación de productos, pero también pone de manifiesto el peligro implícito que tendrían algunas nanopartículas "creadas por la naturaleza".

Según el Boletín, aunque la mayoría de estas inquietudes aún no tienen respuesta y continúan bajo debate, "se ha planteado la necesidad de generar un marco regulatorio seguro y responsable así como también la importancia de informar al público sobre los posibles beneficios y peligros de la nanotecnología" (2009, 3). El documento reitera el compromiso asumido en 2008 de avanzar en un Código de Ética para la Investigación en Nanotecnología, siguiendo las recomendaciones de la Unión Europea.

En un estudio ejecutado en 2012, llevado adelante por el MINCyT, sobre empresas y grupos de I+D de nanotecnología en Argentina, también se abordaron algunos aspectos legislativos. Según el estudio "los grupos de I+D realizaron pocas menciones referidas a este tema" (2012b, 31), aunque se registraron algunas preocupaciones respecto a la disposición final de nanopartículas y de los productos terminados que las contienen (2012b, 31)[50].

De acuerdo al documento, cuando las empresas hacen referencia al tema lo ven como otro de los obstáculos para el progreso de la actividad[51]. En cuanto a las omisiones concretas, el estudio destaca el problema de la cobertura laboral del manejo de nanomateriales (que podrían tener efectos tóxicos) y la existencia de vacíos en los códigos aduaneros que no tienen aún clasificados distintos productos nanotecnológicos.

A raíz de una convocatoria del MINCyT, entre Octubre de 2012 y Diciembre de 2013, se realizó un estudio de prospectiva y vigilancia tecnológica en el sector nanotecnológico[52]. El estudio –publicado en 2016– entendió a la legislación, normativa o regulación como "cuello de botella", definido éste como factor limitante para el desarrollo del área de las N&N (2016, 70), especialmente para mercados futuros de productos basados en nanotecnología que podrían exportarse (2016, 72)[53].

El estudio resalta las dificultades que irroga la identificación de nanoproductos por lo que sugiere resolver con urgencia la discusión sobre adaptar las regulaciones o crear regulaciones totalmente nuevas, y la necesidad de etiquetado específico de los productos nanotecnológicos[54]. En este sentido, estableció que "se requieren métodos específicos que permitan evaluar los riesgos para la salud laboral de quienes trabajan con nanomateriales, por un lado y los que conlleva el uso generalizado de nanoproductos para la salud pública y medioambiental, por otro" (MINCyT, 2016, 193)[55].

El estudio también realizó consideraciones sobre la percepción social de los riesgos de las N&N. Para los responsables de la consulta, la oportunidad de contrarrestar estas amenazas "estará en todo caso relacionada con la capacidad de aprovechar las posibilidades de proveer de mejoras significativas en el acceso a los recursos básicos como el agua potable, la energía, la salud, etc., a la población" (MINCyT, 2016, 194).

El proyectó arrojó como resultado una plataforma web para la gestión de la vigilancia tecnológica y del entorno: Vigiale Reporter PLUS, que permite el seguimiento de fuentes de información seleccionadas y la notificación de cambios detectados[56]. En la lógica del estudio, estas plataformas son útiles para espacios dónde las organizaciones, la sociedad civil y todos los grupos potencialmente afectados "puedan discutir, así como mantener, paralelamente, una actividad de *benchmarking* y vigilancia de los progresos y evolución de las regulaciones y normativa en el mundo, que permitan la anticipación" (MINCyT, 2016, 199).

De allí que una vez instalados en el sistema legal, los objetos de la tecnociencia pueden pasar por varias categorías jurídicas y moverse con facilidad por distintos perímetros legales (cfr. Bailo, 2014). Esto hace que muchos reguladores se pregunten si las N&N pueden aprovechar los marcos normativos vigentes –por ejemplo en materia de identificación y control de productos– o si éstos demandan procesos *ad hoc* de revisión y adaptación.

En este sentido, en el año 2012 la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), en el marco del Observatorio ANMAT conformó un grupo de trabajo multidisciplinario, con el objeto de abordar y analizar aspectos vinculados a la aplicación de la nanotecnología en los productos para la salud de competencia del organismo[57]. Por otra parte, en Abril de 2013, la Superintendencia de Riesgos de Trabajo (SRT) dictó la Resolución 770/2013, que creó el Programa Nacional de Prevención por Rama de Actividad. El artículo 1 consagró como objetivo principal del Programa "el desarrollo y programación de políticas activas de prevención primaria, secundaria y terciaria, de manera conjunta o independiente con las Organizaciones Empresariales, las Organizaciones Sindicales, las Administradoras de Trabajo Locales y las Aseguradoras de Riesgo de Trabajo". El artículo 3 de la Resolución incluyó expresamente a las nanotecnologías como una de las ramas de actividad incluidas en el Programa.

En Septiembre del mismo año, el MINCyT lanzó Antena Tecnológica, una plataforma de vigilancia tecnológica e inteligencia competitiva (VTeIC) que tiene como objetivo brindar información para planificar y formular estrategias tecnológicas minimizando la incertidumbre del contexto dentro de las empresas e instituciones. Fue desarrollada de manera conjunta a través del Programa Nacional de Vigilancia Tecnológica e Inteligencia Competitiva (VINTEC) por la Secretaría de Planeamiento y Políticas del Ministerio y la Unión Industrial Argentina (UIA), y cubre diversas áreas de las N&N como ser agroalimentación, energía, medicina, TICs, electrónica y nanomateriales (MINCyT, 2013). La Antena permite obtener boletines electrónicos y recopilar noticias que incluyen, entre otras cosas, información relativa a legislación y normativas legales y técnicas.

Finalmente, en Junio de 2017, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable (MAyDS) organizó en el marco de la Semana del Ambiente una serie de charlas de nanotecnología y ambiente en la que estuvieron involucrados expertos de distintas disciplinas. El evento tuvo por objetivo "concientizar y sensibilizar sobre la importancia de la Nanotecnología en cuanto a sus innovaciones y sus riesgos, pensándola como una herramienta que debe ser utilizada sustentablemente" (MAyDS, 2017).

5. La polisemia de la nano-objetualidad

Como se expresó anteriormente, estos vaivenes regulatorios están vinculados a la propia inestabilidad de los nano-objetos y a su plasticidad para reordenar las redes y reorientar los recursos comprometidos en su sostenimiento. El criterio para deslindar nano/no nano en los planos regulatorios no siempre responde al significado escalar del prefijo, ya que aquello que es válido para la ciencia puede no serlo para la política científica (cfr. Desmoulin-Canselier y Lacour, 2011)[58]. Como expresa Laurent (2017, 94), los programas científicos recurren al criterio del tamaño para demarcar lo que es menor y mayor que lo nano, lo que ha resultado insatisfactorio, por ejemplo, para identificar sustancias riesgosas, en las que el riesgo debe ser testeado para cada una en particular.

Definir a las nanotecnologías no es una mera tarea clasificatoria, sino una coproducción técnico-política en la que las capacidades y modos de decisión se distribuyen en las audiencias de expertos, funcionarios políticos, empresarios y ciudadanos en general.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

El Decreto 380/2005 no incluyó definiciones, pero aludía indistintamente a las micro y nanotecnologías y a su aplicación y desarrollo, lo cual encuentra explicación –más que en un criterio técnico– en la intención de incluir en la norma las investigaciones que venían realizando distintos organismos nacionales (INTI, INIFTA, CNEA, etc.)[59]. Pueden citarse dos casos representativos de expertos que intervinieron activamente en las redes de N&N y en las principales agencias científicas del país para estabilizar esas tensiones. Por un lado, el Dr. en Bioquímica Roberto Salvarezza, que fue responsable de la creación del Laboratorio de Nanoscopías en el Instituto de Investigaciones Fisicoquímicas Teóricas y Aplicadas (INIFTA) en 1992, que coordinó el Centro Argentino-Brasileño de Nanociencia y Nanotecnología, integró el Consejo de Administración de la Fundación Argentina de Nanotecnología y presidió el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) en el período 2012-2015. Luego de su renuncia a este organismo, regresó a su lugar como Director de los laboratorios de Nanoscopías y Fisicoquímica de Superficies en el INIFTA. Por otro lado, el Ing. Electromecánico Daniel Lupi, que fue Director del Centro de Investigación en Telecomunicaciones Electrónica e Informática del INTI en el período 1995-2005, y se desempeña como Presidente de la FAN desde 2011.

En una entrevista correspondiente al programa Nº 464 de Ciencia Argentina en la Vidriera (2013) Salvarezza expresaba que a principios de los 90, estudiando en España con un microscopio de efecto túnel, "ver átomos y poder seguir las reacciones en tiempo real, me atrajo sobremanera". Surge de la entrevista que, si bien la nanoescala no era una novedad para Salvarezza, sí lo era "comprender la conveniencia de trabajar en conjunto con otras disciplinas para resolver temas complejos". Por otra parte, en una entrevista realizada por N. Luna (2015) –Agencia TSS– a Daniel Lupi, el ingeniero expresaba que "los chips con los que trabajábamos los ingenieros se fueron achicando tanto que, de repente, nos encontramos hablando de nanómetros y tuvimos que averiguar qué eran".

Ambos casos son demostrativos de un momento clave en la política científica sobre N&N en Argentina, en tanto Salvarezza representa los esfuerzos de articulación y mutación de la investigación básica a la aplicada y Lupi, que provenía de la microelectrónica, representa los esfuerzos de adaptación de las disciplinas tradicionales. Estas tensiones entre investigación básica/aplicada y objetualidad micro/nano estuvieron presentes desde el

mismo momento de constitución de la FAN y se mantuvieron en instrumentos políticos subsiguientes.

El proyecto 1357-D-05 definía en sus fundamentos a las nanotecnologías como "el conjunto de técnicas desarrolladas para la manipulación de objetos cuyas dimensiones son del orden del nanómetro (una millonésima de milímetro)". El proyecto 3279-D-05, en cambio, intentó incluir en sus fundamentos una definición que aunara micro y nanotecnologías, como "tecnologías destinadas al estudio, diseño, creación, síntesis, manipulación y aplicación de materiales funcionales y sistemas de control de la materia". Sin embargo, en cuanto al criterio escalar el concepto no era preciso pues las incluía "a escalas del nanómetro (la mil millonésima parte de un metro) o tecnologías que tienen tamaños comparables a la longitud de una pequeña molécula".

El proyecto 7277-D-2006 fue el primero que pretendió introducir definiciones técnicas en el articulado. Este proyecto, que no mencionaba a las microtecnologías, entendía a la nanotecnología a partir de un criterio escalar, como "el estudio, diseño, creación, síntesis y aplicación de materiales, aparatos y sistemas funcionales a través de la manipulación de la materia en dimensiones del orden del nanómetro, es decir, a nivel de átomos y moléculas". Sin embargo, el proyecto también traía conceptos que ampliaban considerablemente ese limitado criterio de operatividad. Se mencionaba a los nanoproductos o nanocomponentes, definiéndolos como "aquellos elaborados u obtenidos mediante el uso de herramientas y procedimientos desarrollados por la nanotecnología" y a la industria nanotecnológica como aquella que comprende "todos los procesos productivos involucrados en la fabricación de nanocomponentes, ya sea como producto final o como parte de un producto o proceso de mayor complejidad".

El análisis de las posibilidades de Argentina en el concierto global fue especificando el tipo de nano-objetos en el que los investigadores e inversores debían concentrar sus esfuerzos. Daniel Lupi, que ya había realizado algunas apreciaciones sobre la política pública temprana en nanotecnologías (ver ut supra), accede a la presidencia de la FAN en 2011. Para el ingeniero electromecánico, "la nanotecnología es una tecnología disruptiva y revolucionaria pero que en casi todos los casos lleva a modificaciones evolutivas en los productos existentes y no a nuevos ´nanoproductos´" (Lupi, 2012, 45; cfr.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

Mi Club Tecnológico, 2015). El presidente de la FAN distinguía, al principio de la cadena de valor los nanomateriales –donde dominan las grandes multinacionales químicas–, luego los nanointermediarios –donde creía que podría ubicarse la industria local– y luego los productos cotidianos mejorados por el empleo de los nanointermediarios (Lupi, 2012, 45; cfr. Luna, 2015)[60].

A medida que las redes y plataformas locales de N&N se consolidaban y los planes nacionales redefinían la impronta de las convocatorias y el financiamiento, los nano-objetos fueron segmentando su grafía para cubrir mayores terrenos y definir nuevas fronteras de colaboración entre lo público y lo privado. El BET (MINCyT, 2009, 2), partiendo de un análisis sobre la cadena de valor de las nanotecnologías, identificó cuatro eslabones. Los nanomateriales, como estructuras de la materia desarrolladas artificialmente con dimensiones inferiores a los 100 nanómetros que exhiben propiedades dependientes del tamaño y que han sido mínimamente procesadas. Los nanointermediarios, como productos intermedios que no caen en la categoría de nanomateriales ni de productos de consumo final, que incorporan nanomateriales o que han sido construidos con características nanométricas. Los productos nanoenriquecidos, como productos del final de la cadena de valor que incorporan nanomateriales o nanointermediarios. Por último, las nanoherramientas, como instrumentos técnicos y software utilizados para visualizar, manipular y modelar la materia a escala nanométrica.

Las tensiones entre investigación básica/aplicada y entre objetos micro/nano se estabilizaron cuando las redes estuvieron en condiciones de enfocarse más en la superficie que en la escala de los nano-objetos. Como lo expresa Lupi: "algo no es nanométrico sólo porque mide 1 o 2 nanómetros, sino porque en esa instancia las propiedades físicas y químicas de los materiales comienzan a tener una ambivalencia interesante y aparecen propiedades que antes no se evidenciaban" (*Revista La Universidad*, 2011, 31).

En ese sentido, los proyectos legislativos posteriores optaron por incluir definiciones más flexibles, que pretendían acompañar las tendencias de las redes especializadas. Por ejemplo, en los fundamentos del proyecto 2617-D-2010 se decía que la nanotecnología "es la manipulación de la materia en la escala de los átomos y las moléculas (…)". Es una forma de producción "que concibe los bienes desde lo más chico hacia lo más grande, donde se utilizan los componentes necesarios para obtener lo que se necesita". De la misma

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

manera, el proyecto 2092-S-14, pretendía definirla en su artículo 2 inc. 1 como el estudio de la capacidad técnica "para modificar y manipular la materia en las dimensiones más pequeñas conocidas, con el objeto de obtener materiales y productos a partir del reordenamiento de átomos y moléculas; y de desarrollar estructuras o dispositivos funcionales a las dimensiones nano".

En este camino crítico de la especificación de la nano-objetualidad, la polisemia no se reduce a un problema de múltiples acepciones. Los nano-objetos proponen sus propias metas políticas y regulan sus propios modos de alcanzarlas. Por ejemplo, los responsables de los sucesivos lanzamientos de nano-satélites argentinos al espacio han manifestado en reiteradas oportunidades que estos desarrollos buscan la democratización del acceso al espacio (MINCyT, 2013b) y de la tecnología espacial (MINCyT, 2013c).

Algunas conclusiones provisorias

Como se advirtió a lo largo del artículo, una propuesta de co-creación de la nano-objetualidad exige revisitar los distintos tipos de conocimientos comprometidos en la tarea de regulación y de construcción de la institucionalidad pública. Los nano-objetos se agencian del mundo jurídico y aprenden su lenguaje, por lo que una vez instalados en el sistema pueden moverse con facilidad por distintos perímetros legales.

Esos vaivenes regulatorios están vinculados a la propia inestabilidad de los nano-objetos y a su plasticidad para reordenar las redes y reorientar los recursos comprometidos en su sostenimiento. Cuando las redes de lo jurídico asumen que los objetos de la tecnociencia están demarcados, la actividad regulatoria se entiende como un proceso de construcción vertical de reglas. Cuando asumen que esos objetos son inestables y controvertidos, la regulación se entiende como un ejercicio coordinado de estabilización. En ese ejercicio de coproducción técnico-política de la nano-objetualidad los derechos de participación en las decisiones públicas y las garantías de acceso al conocimiento se convierten en dos indicadores clave de las prácticas democráticas.

En Argentina, los nano-objetos han tenido dos puertas de entrada al mundo regulatorio. Por un lado, el proceso que llevó a la creación de la FAN en 2005 que entendía la regulación como la reglamentación de una tecnología que podía transformar el perfil productivo del país. Los distintos proyec-

tos legislativos de reforma que se han presentado en el período 2005-2014 no han cuestionado que el derecho deba facilitar la inserción de Argentina en ese panorama global, sino que han propuesto otros medios para lograrlo. Por otro lado, el proceso que inicia con la ex SECyT y continúa con el actual MINCyT, que ha entendido la regulación como un ejercicio de estabilización de las distintas tensiones que acompañan a los nano-objetos (local/global; investigación básica/aplicada; micro/nano; escala/superficie). Ello motivó que finalmente el MINCyT absorbiera la institucionalidad de la FAN y se convirtiera en el epicentro de las redes que coproducen el gobierno nano en Argentina. Para consolidar este dispositivo el MINCyT se apoyó en las distintas iniciativas de la ANPCyT, en la reordenación de los espacios público y privado de las redes de investigación y desarrollo de las N&N, en concentrar la organización de distintas reuniones de expertos y propuestas de mecanismos regulatorios a través del CECTE, en la actividad de difusión y formación que hace la FAN, en fortalecer los procesos de vigilancia y obtención de información clave en el sector, y fundamentalmente en administrar la polisemia de la nano-objetualidad hacia el interior de las redes y a través de los distintos actores clave del sector.

No obstante ello, el gobierno de lo nano en Argentina encierra otras tensiones y desestabilizaciones. Las distintas iniciativas para lograr un observatorio nano interdisciplinario y participativo, para avanzar en la diagramación de códigos de ética y para iniciar una revisión de la eficacia de los marcos normativos vigentes todavía no ha tenido resultados apreciables. De la misma manera, para favorecer la circulación de los nano-objetos, Argentina ha avanzado en la sincronización de sus espacios y redes con la estandarización técnica global, lo cual complejiza el diálogo entre las experiencias aprendidas y los espacios globales. Finalmente, la ciudadanía no se ha involucrado significativamente en el gobierno y en las discusiones derivadas de las N&N.

Todo lo expuesto invita a pensar que la grafía de los nano-objetos aguarda nuevas inscripciones que orienten las prácticas científicas y sociales a una mayor democratización de las N&N en Argentina.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

Referencias

Andrini, L. y Figueroa, S. (2008). El impulso gubernamental a las nanociencias y nanotecnologías en Argentina. En G. Foladori y N. Invernizzi (Eds.), *Las nanotecnologías en América Latina*. México DF: Porrúa.

Bailo, G. (2014). Estrategias jurídicas locales para el gobierno de los nanoresiduos. Construyendo una agenda jurídica regulatoria para nanomateriales en el derecho argentino. *Revista Jurídica de Derecho Ambiental*, (38), 103-126.

Bailo, G. L., y Levrand, N. E. (2017). Casos controversiales: un estudio de la relación entre ciencia y derecho en el proceso judicial. *Estudios Socio-Jurídicos*, *20*(1), 45-74. http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5341

Dalton-Brown, S. (2015). Nanoregulation. En *Nanotechnology and Ethical Governance in the European Union and China* (pp. 73-101). Cham: Springer.

Desmoulin-Canselier, S. y Lacour, S (2011). Chapter 29: Nanotechnology and the Law. En: P. Houdy, M. Lahmani y F. Marano (Eds.) *Nanoethics and Nanotoxicology*. Berlin: Springer.

Fiorani, V. (2011). Normas para una industria próspera y segura: Nanotecnologías. *Boletín del Instituto Argentino de Normalización y Certificación (IRAM)*, *2*(2), 12-13.

Foladori, G. (2016). Políticas públicas en nanotecnología en América Latina. *Problemas del desarrollo*, 47(186), 59-81. https://doi.org/10.1016/j.rpd.2016.03.002

Hermitte, M. A. (2007). Fundación jurídica de una sociedad de las ciencias y de la técnica a través de las crisis y los riesgos. En *Derecho, sociedad y riesgos: la sociedad contemporánea vista a través de la idea de riesgo*. Red Latinoamericana – Europea sobre Gobierno de los Riesgos, UniCEUB, UNITAR. Brasilia.

Hodge, G. A., Bowman, D. M. y Maynard, A. D. (2010). *International handbook on regulating nanotechnologies*. Cheltenham, UK: Edward Elgar.

Hubert, M. (2014). Modelo dominante y variaciones nacionales en el diseño de políticas de investigación en favor de la innovación tecnológica: una aproximación comparativa de los dispositivos de apoyo a la nanociencia y nanotecnología en Argentina y Francia. *Estudos de Sociología*, *19*(37), 391-408.

Hubert, M. y Spivak L'Hoste, A. (2009). Integrarse en redes de cooperación en nanociencias y nanotecnologías: el rol de los dispositivos instrumentales. *Redes*, *15*(29), 69-91.

Hurtado, D., Lugones, M. y Surtayeva, S. (2017). Tecnologías de propósito general y políticas tecnológicas en la semiperiferia: el caso de la nanotecnología en la Argentina. *Revista Iberoamericana de Ciencia Tecnología y Sociedad*, *12*(34), 65-93.

Invernizzi, N., Hubert, M. y Vinck, D. (2014). 11: Nanoscience and Nanotechnology: How an Emerging Area on the Scientific Agenda of the Core Countries Has Been Adopted and Transformed in Latin America. En: E. Medina et al. (ed.) *Beyond Imported Magic. Essays on Science, Technology, and Society in Latin America* (pp. 223-242). Cambridge, Massachusetts: MIT Press.

Jasanoff, S. (2011). Momentos constitucionales en el gobierno de la ciencia y la tecnología. En T. Pérez Bustos y M. Lozano Borda (Eds.), *Ciencia, tecnología y democracia: reflexiones en torno a la apropiación social del conocimiento*. Medellín: Colciencias-Universidad Eafit.

Laurent, B. (2017). *Democratic Experiments: Problematizing Nanotechnology and Democracy in Europe and the United States*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.

Lupi, D. (2012). Nanotecnología e industria argentina. *Voces en el Fénix*, *3*(16), 42-49.

Nelkin, D. (1975). The political impact of technical expertise. *Social Studies of Science*, *5*(1), 35-54.

Nelkin, D. (1987). Controversies and the authority of science. En H. Engelhardt y A. L. Caplan (Eds.), *Scientific controversies: case studies in the resolution and closure of disputes in science and technology* (pp. 283-293). Nueva York: Cambridge University Press.

Nelkin, D. (1995). Science controversies the dynamics of public disputes in the United States. En S. Jasanoff (Ed.), *Handbook of science and technology studies*. Londres: SAGE.

Revista La Universidad (2011). Entrevista al Ing. Daniel Lupi (Presidente de la Fundación Argentina de Nanotecnología). *Revista La Universidad, Universidad Nacional de San Juan*, *8*(52), 30-31.

Salvarezza, R. (2011). Situación de la difusión de la nanociencia y la nanotecnología en Argentina. *Mundo Nano*, *(4)*2, 18-21.

Stehr, N. (2013). Las sociedades modernas del conocimiento. En: AA. VV. *La sociedad de la información y del conocimiento*. Nº 11 (pp. 57-67). Santiago de Chile: Konrad Adenauer-Stiftung.

Vila Seoane, M. F. (2014). Los desafíos de la nanotecnología para el “desarrollo” en Argentina. *Mundo Nano*, *7*(13), 78-94.

Normativa citada

Argentina. Decreto Poder Ejecutivo Nacional Nº 380/2005. *Aplicación y desarrollo de micro y nanotecnologías*. Publicada en el Boletín Oficial del 29-abr-2005, Número 30643, Página 5.

Argentina. Ley Nacional Nº 24.156. *Administración Financiera y Sistemas De Control. Disposiciones Generales*. Publicada en el Boletín Oficial del 29-oct-1992, Número 27503, Página 1.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

Argentina. Ley Nacional Nº 25.467. *Ciencia, Tecnología e Innovación. Sistema Nacional - Régimen Legal*. Publicada en el Boletín Oficial del 26-sep-2001, Número 29740, Página 1.

Argentina. Ley Nacional Nº 26.338. *Ley de Ministerios*. Publicada en el Boletín Oficial del 07-dic-2007, Número 31298, Página 3.

Argentina. Ministerio de Economía y Producción. Resolución 579/2005. *Fundación Argentina de Nanotecnología - ampliase cantidad de miembros*. Publicada en el Boletín Oficial del 27-oct-2005, Número 30768, Página 15.

Argentina. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (M.R.E.C.I. Y C.). *Protocolo para la Creación del Centro Argentino Brasileño de Nanotecnología (CABN) entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil*. Publicado en el Boletín Oficial 10/01/2006.

Argentina. Ministerio de Salud. Resolución 1490/2007. *Salud Pública. Guía de las Buenas Prácticas de Investigación Clínica – Aprobación*. Publicada en el Boletín Oficial del 14-nov-2007, Número 31281, Página: 6. Abrogada por el Artículo 6° de la Resolución 1480 Del Ministerio De Salud, B.O. 21/09/2011.

Argentina. Ministerio de Salud. Resolución 1480/2011. *Salud Pública. Guía para Investigaciones con Seres Humanos – Aprobación.* Publicada en el Boletín Oficial del 21-sep-2011, Número 32239, Página 14.

Argentina. Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. Resolución 1084/2006. *Programa de Modernización Tecnológica III. Reglamento Operativo - Su Aprobación.* Publicada en el Boletín Oficial del 15-ago-2006, Número 30969, Página 22.

Argentina. Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Resolución 770/2013. *Programa Nacional de Prevención por Rama de Actividad – Créase.* Publicada en el Boletín Oficial del 06-may-2013, Número 32632, Página 9.

Proyectos legislativos citados

Argentina. Proyecto de Ley Número de Expediente 264-S-01. *Proyecto de ley sobre elaboración del plan estratégico de ciencia y tecnología*. Autor: Moreau, Leopoldo. Origen: Senado de la Nación. Publicado en: DAE 017/01. Fecha: 03/04/2001.

Argentina. Proyecto de Ley Número de Expediente 1357-D-05. *Creación del Instituto Argentino de Nanotecnología, en el ámbito del Ministerio de Economía*. Autor: Giorgetti, Jorge. Publicado en: Trámite Parlamentario nº 21. Fecha: 31/03/2005.

Argentina. Proyecto de Resolución Número de Expediente 2844-D-2005. *Pedido de informes al Poder Ejecutivo sobre los objetivos de las políticas científicas y la creación de la Fundación Argentina de la Nanotecnología (Resolución del ME NS 380/05)*. Firmantes: Puig De Stubrin, Lilia; Beccani, Alberto; Borsani, Luis; Chironi, Fernando; Giubergia, Miguel; Iglesias, Roberto. Publicado en: Trámite Parlamentario N° 52. Fecha: 13/05/2005.

Argentina. Proyecto de Ley Número de Expediente 3279-D-2005. *Plan Nacional Estratégico de Desarrollo de Micro y Nanotecnologías, y derogación del Decreto 380/05*. Autores: Puig De Stubrin, Lilia; Chironi, Fernando; Rodríguez, Marcela; Larreguy, Carlos; Beccani, Alberto; Cettour, Hugo; Giubergia, Miguel; Borsani, Luis. Publicado en: Trámite Parlamentario nº 65. Fecha: 02/06/2005.

Argentina. Proyecto de Resolución Número de Expediente 5416-D-2005. *Pedido de Informes al Poder Ejecutivo sobre el Financiamiento de Proyectos de Investigación Científica, Desarrollo Tecnológico o Innovación Productiva.* Autores: Puig de Stubrin, Lilia; Storani, Federico; Negri, Mario. Publicado en: Trámite Parlamentario nº 132. Fecha: 16/09/2005.

Argentina. Proyecto de Resolución Número de Expediente 0753-D-2006. *Pedido de Informes al Poder Ejecutivo sobre el Financiamiento de la Conferencia de Carácter Científico Realizada en el Hotel Tunquelen, Bariloche, Provincia de Rio Negro, por parte de la Oficina de Investigaciones Navales y de la Fuerza Aérea de Estados Unidos de América.* Autores: Rodríguez, Marcela; García, Susana; Bisutti, Delia. Publicado en: Trámite Parlamentario nº 13. Fecha: 17/03/2006.

Argentina. Proyecto de Ley Número de Expediente 7277-D-2006. *Ley Marco de la Industria Nanotecnológica*. Autores: Dovena, Miguel Dante y Giorgetti, Jorge Raúl. Publicado en: Trámite Parlamentario nº 188. Fecha: 07/12/2006.

Argentina. Proyecto de Ley Número de Expediente 4853-D-2008. *Ley marco de la industria nanotecnológica (INNATEC): objetivo, definiciones, autoridades*. Autor: Dovena, Miguel Dante. Publicado en: Trámite Parlamentario N° 114. Fecha: 04/09/2008

Argentina. Proyecto de Resolución Número de Expediente 2617-D-2010. *Pedido de informes al poder ejecutivo sobre diversas cuestiones relacionadas con el funcionamiento de la "Fundación Argentina de Nanotecnología", dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología e Innovación Productiva*. Firmantes: Rioboo, Sandra; Alvarez, Elsa; Fiad, Mario; Veaute, Mariana; Storani, Maria Luisa; Juri, Mariana; Mansur, Ricardo. Publicado en: Trámite Parlamentario N° 43. Fecha: 28/04/2010.

Argentina. Proyecto de Resolución Número de Expediente 3353-D-2010. *Pedido de informes al Poder Ejecutivo sobre diversas cuestiones relacionadas con el funcionamiento de la "Fundación Argentina de Nanotecnología"*. Firmantes: Fiad, Mario y Giubergia, Miguel. Publicado en: Trámite Parlamentario N° 58. Fecha: 18/05/2010.

Argentina. Proyecto de Ley Número de Expediente 2092-S-14. *Marco para el Desarrollo y la Aplicación de la Nanotecnología, la Física Cuántica y la Biología Sintética*. Autores: Negre De Alonso, Liliana, Rodríguez Saá, Adolfo. Publicado en: Diario de Asuntos Entrados N° 103. Fecha: 02/07/2014.

Documentos utilizados

Argentina. Auditoría General de la Nación (2010). Resolución 032/2010. Auditoría de gestión por el período comprendido entre el 31/08/2005 y el 30/06/2008. Organismo auditado: Fundación Argentina de Nanotecnología (FAN) y Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva (MCTeIP).

Argentina. Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología (2005). Declaración sobre el Decreto 380/05. Recuperado de http://www.mincyt.gob.ar/informes/declaracion-sobre-el-decreto-38005-11698

Argentina. MINCyT (2009). Nanotecnología. Boletín Estadístico Tecnológico del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva.

Argentina. MINCyT (2012a). Argentina Innovadora 2020. Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación. Lineamientos Estratégicos 2012-2015. Buenos Aires, Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva

Argentina. MINCyT (2012b). Empresas y Grupos de I+D de Nanotecnología de Argentina. Secretaria de Planeamiento y Políticas del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva.

Argentina. MINCyT (2013). Nanotecnología. Casos de asociatividad e innovación. Secretaría de Planeamiento y Políticas del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva.

Argentina. MINCyT (2016). Estudios de consultoría en el sector nanotecnológico. El futuro de las nanociencias y las nanotecnologías en Argentina. Estudio de prospectiva y vigilancia tecnológica. Dirección Nacional de Estudios, Subsecretaría de Estudios y Prospectiva de la Secretaría de Planeamiento y Políticas del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva.

Argentina. Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología (2006). Plan Estratégico Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación: “Bicentenario” (2006-2010). Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva SECyT.

Asociación Física Argentina (2005). Comunicado de la Comisión directiva con referencia al decreto 380/2005.

Giorgetti, J. (2001). Para Cambiar lo que Duele. Ideas. Proyectos. La política como herramienta de transformación. Buenos Aires. Recuperado de http://www.jorgegiorgetti.com.ar/publicaciones/libros/downloads/para-cambiar-lo-que-duele-GIORGETTI.pdf

Observatorio Iberoamericano de la Ciencia, la Tecnología y la Sociedad (2011). La nanotecnología en Iberoamérica. Situación actual y tendencias. Documento de trabajo nº4.

Noticias citadas

ANMAT (30 de Noviembre de 2012). Se conformó Grupo de Trabajo Interdisciplinario sobre Nanotecnología. Recuperado de http://www.anmat.gov.ar/comunicados/Nanotecnologia.pdf

ANPCyT (29 de Septiembre de 2017). La Agencia reafirmó su apoyo a la innovación en nanotecnología. Recuperado de http://www.agencia.mincyt.gob.ar/frontend/agencia/post/2739

CECTE. (s.f). Conferencia Internacional para la Investigación Responsable en Nanociencia y Nanotecnología. Recuperado de http://www.cecte.gov.ar/conferencias-seminarios-y-talleres/#conferencia-internacional-para-la-investigacion-responsable-en-nanociencia-y-nanotecnologia

CECTE. (s.f). Primeras Jornadas "Ética en el Acceso al Conocimiento". Recuperado de http://www.cecte.gov.ar/conferencias-seminarios-y-talleres/#primeras-jornadas-%C3%89tica-en-el-acceso-al-conocimiento

Ciencia Argentina en la Vidriera (3 de Octubre de 2013). Salvarezza habló del aumento de profesionales argentinos en nanotecnología. Programa 464. Recuperado de http://www.cienciaenlavidriera.com.ar/2013/10/03/programa-464-salvarezza-hablo-del-aumento-de-profesionales-argentinos-en-nanotecnologia/

Ferrari, A. (25 de Septiembre de 2005). La batalla naval de los científicos argentinos. Página 12. Recuperado de https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-56973-2005-09-25.html

Ferrari, A. (29 de Septiembre de 2005). Comité de Ética para la ciencia argentina pagada por la US Navy. Recuperado de https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-57141-2005-09-29.html

Ferrari, A. (02 de Noviembre de 2005). Dime quién te financia... Página 12. Recuperado de https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-58709-2005-11-02.html

Foladori, G. (10 de Noviembre de 2006). La influencia militar estadounidense en la investigación de las nanotecnologías en América Latina. Col·lectiu Antimilitarista de Sant Cugat. Recuperado de https://www.nodo50.org/casc/spip.php?article180

Giorgetti, J. (03 de Julio de 2007). No sólo de soja vive Argentina. La Capital. Recuperado de http://www.jorgegiorgetti.com.ar/publicaciones/articulos/no-solo-soja-argentina.htm

Giorgetti, J. (22 de Agosto de 2006). Ciencia: apurarnos es un deber político. La Capital. Recuperado de http://www.jorgegiorgetti.com.ar/publicaciones/articulos/ciencia.htm

Iprofesional (2 de Agosto de 2006). El Gobierno apoyará iniciativas de nanotecnología. Recuperado de http://www.iprofesional.com/notas/31191-El-Gobierno-apoyara-iniciativas-de-nanotecnologia?page_y=0

La Razón (2 de agosto de 2006). Nanotecnología: habrá financiamiento oficial. Recuperado de http://edant.larazon.com.ar/diario_lr/2006/08/02/2-1245000.htm

Luna, N. (16 de Abril de 2015). "Debemos dominar la tecnología para ser compradores inteligentes". Agencia TSS. Recuperado de http://www.unsam.edu.ar/tss/debemos-dominar-la-tecnologia-para-ser-compradores-inteligentes/

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

MAyDS (7 de Junio de 2017). Nanotecnología en la semana del Ambiente. Recuperado de https://www.toxicologia.org.ar/wp-content/uploads/2017/05/Programa-de-Nanotecnolog%C3%ADa-7-jun.pdf

Mi Club Tecnológico (18 de Diciembre de 2015). "Más que nanoproductos a la Argentina le conviene producir nanointermediarios". Recuperado de http://www.miclubtecnologico.com.ar/blog/mas-que-nanoproductos-a-la-argentina-le-conviene-producir-nanointermediarios/

MINCyT (11 de Septiembre de 2013). Se presentó la iniciativa Antena Tecnológica. Recuperado de http://www.mincyt.gob.ar/noticias/se-presento-la-iniciativa-antena-tecnologica-9255

MINCyT (17 de Septiembre de 2008). Avanza la creación de un código de ética para la investigación en nanotecnología. Recuperado de http://www.mincyt.gob.ar/noticias/avanza-la-creacion-de-un-codigo-de-etica-para-la-investigacion-en-nanotecnologia-4206

MINCyT (25 de Abril de 2013). "Manolito", el nuevo nanosatélite argentino ya está en órbita. Recuperado de http://www.mincyt.gob.ar/noticias/manolito-el-nuevo-nanosatelite-argentino-ya-esta-en-orbita-9553

MINCyT (25 de Abril de 2013). Argentina pone en órbita al "Capitán Beto", el primer nano satélite de plataforma abierta. Recuperado de http://www.mincyt.gob.ar/noticias/argentina-pone-en-orbita-al-capitan-beto-el-primer-nano-satelite-de-plataforma-abierta-4805

Página 12 (25 de Septiembre de 2005). "No habría que permitirlo". Entrevista a Gregorio Klimovsky. Recuperado de https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/56973-18935-2005-09-25.html

Página 12 (25 de Septiembre de 2005). "La destrucción de la ciencia". Entrevista a Mischa Cotlar. Recuperado de https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/56973-18936-2005-09-25.html

Página 12 (25 de Septiembre de 2005). "Tiene que haber control". Entrevista a Pablo Jacovkis. Recuperado de https://www.pagina12.com.ar/diario/el-pais/subnotas/56973-18937-2005-09-25.html

Página 12 (9 de Diciembre de 2005). "Actúan mercenariamente en pos de financiación, a cualquier costo". Recuperado de https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-60247-2005-12-09.html

Premici, S. (21 de Enero de 2007). El impulso de la nanotecnología, patentes y estrategia de desarrollo. El nuevo nano orden económico. Página 12. Recuperado de https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/cash/17-2806-2007-01-22.html

Notas

[1] Argentina. Proyecto de Ley Número de Expediente 264-S-01. *Proyecto de ley sobre elaboración del plan estratégico de ciencia y tecnología*. Autor: Moreau, Leopoldo Raúl Guido. Origen: Senado de la Nación. Publicado en: DAE 017/01. Fecha: 03/04/2001.

[2] El documento de trabajo también reservaba un apartado para la coordinación interjurisdiccional de las citadas actividades, en cabeza de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Se ordenaba expresamente la participación de organismos tales como el Ministerio de Salud y acción Social, el Instituto Nacional del Agua y del Ambiente y la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable (entre muchos otros). Finalmente, el proyecto ponía en cabeza del Estado Nacional la obligación de realizar anualmente "un informe detallado del estado de la ciencia y la técnica en el territorio nacional, tanto en el sector público como en el privado".

[3] En ese momento, la Secretaría dependía del por entonces Ministerio de Educación, y estaba a cargo de promocionar y financiar las actividades de I+D en el país.

[4] A raíz del PAV, la ANPCyT financió cuatro redes de N&N que cubrían las siguientes temáticas: materiales nanoestructurados y nanosistemas; sistemas moleculares, supramoleculares e interfaces; MEMs: diseño, simulación y fa-

bricación; y bionanoestructuras. Estas redes estuvieron conformadas por al menos tres nodos de grupos o centros de investigación (MINCyT, 2012b), comenzaron a trabajar en 2006, fueron un aporte importante en la formación de la masa crítica en esta actividad y crearon las condiciones de trabajo para el avance de las N&N (Salvarezza, 2011).

[5] Andrini y Figueroa (2008) reseñan que en 2004 la SeCyT, conjuntamente con representantes de la Unión Europea, organizaron en Buenos Aires una Reunión *destinada a promover las capacidades nacionales en el área de las N&N, a través de programas de investigación y redes Europeas*.

[6] Argentina. Proyecto de Ley Número de Expediente 1357-D-05. *Creación del Instituto Argentino de Nanotecnología, en el ámbito del Ministerio de Economía*. Autor: Giorgetti, Jorge. Publicado en: Trámite Parlamentario nº 21. Fecha: 31/03/2005.

[7] El proyecto propuso como objetivo el diseño de un programa para incentivar en la Argentina el desarrollo de la nanotecnología y la formalización de convenios con institutos internacionales. Se incluía dentro del instituto el funcionamiento de un Proyecto de Incubadoras de Productos Nanotecnológicos.

[8] Para entender mejor este modo de inscripción de los nano-objetos en los discursos parlamentarios, es necesario complementarlo con otras fuentes. En un documento de su autoría titulado “Para Cambiar lo que Duele. Ideas. Proyectos. La política como herramienta de transformación”, Giorgetti sostiene que la revolución tecnológica es la nueva fórmula de la creación de la riqueza (p. 26), y que la tecnología que impulsa la globalización debe ser utilizada para “ayudar a los pobres con una clara y decidida acción política” (p. 21). El legislador entendía que el punto de partida para este desarrollo era el “negocio de la cadena agroalimentaria” (p. 26). Esto sería ampliado por Giorgetti en algunas notas de opinión escritas en el Diario La Capital. En una de ellas, por ejemplo el diputado expresaba que “debemos entender que la biotecnología en general y la nanotecnología aparejan nuevas formas de hacer negocios” (Giorgetti, 2006).

[9] Al poco tiempo de presentado el proyecto, el legislador fue invitado a un Seminario de Biotecnología programado por el Departamento de Estado de

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

EE.UU., el Departamento de Agricultura, (USDA), la Administración de Alimentos y Drogas (FDA) y la Agencia de Protección del Medio Ambiente (EPA). El seminario tuvo lugar en Washington D.C., del 9 al 16 de Julio de 2005, e incluyó temas de biotecnología agrícola (siembra, percepción ciudadana de los riesgos, etc.).

[10] Algunas fuentes aclaran que la iniciativa, antes de que la tomara el Ministerio de Economía a propuesta del Balseiro, se gestó en el Instituto, que tenía una estrecha relación de colaboración con Lucent que databa de casi veinte años. Argentina. Proyecto de Resolución Número de Expediente 2617-D-2010. Pedido de informes al poder ejecutivo sobre diversas cuestiones relacionadas con el funcionamiento de la "Fundación Argentina de Nanotecnología", dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología e Innovación Productiva. Publicado en: Trámite Parlamentario N° 43. Fecha: 28/04/2010.

[11] En el Acta de Constitución, se definió a la FAN como una "entidad civil sin fines de lucro, bajo la forma jurídica de Fundación", y se fijó su domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Estado nacional aportó como capital inicial la suma de doce mil pesos y se obligó a integrar diez millones de dólares en los cinco años subsiguientes.

[12] En el Estatuto, se previó un Consejo de Administración como órgano de dirección y administración, con un mínimo de seis miembros y un máximo de nueve. También se incluyó un órgano unipersonal denominado "Director Ejecutivo" para las funciones operativas y un Consejo Asesor como órgano colegiado con funciones consultivas (con un mínimo de cinco miembros y un máximo de veinte). El Estado Nacional se reservó facultades en carácter de miembro fundador, como la reforma estatutaria, la facultad de designar a los integrantes del Consejo de Administración, la posible fusión con entidades similares y la disolución. Nota aclaratoria: Por art. 1° de la Resolución N° 579/2005 del Ministerio de Economía y Producción se amplió a nueve (9) la cantidad de miembros del Consejo de Administración. Mediante la Ley 26.338 de 2007 la FAN pasó a la órbita del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva.

[13] De los fundamentos del Decreto también surge que el desarrollo del sector debe ser impulsado y compartido tanto por el Sector Público como por el Sec-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

tor Privado, y debe estar orientado a "un continuo incremento de la productividad, contribuyendo a través de ello a la reducción de la pobreza y de las disparidades que hoy existen en la sociedad argentina".

[14] Este modelo de N&N, asentado en el discurso de la innovación y la competitividad y en los modelos globales de política científica y tecnológica –v.g. la iniciativa estadounidense NNI (National Nanotechnology Initiative) de 2000-, ha motivado críticas en los ESCT locales (cfr. Vila Seoane, 2014; Invernizzi et al, 2014; Foladori, 2016; Hurtado et al, 2017).

[15] El diario Página 12 reproduce otra opinión de Barañao, en la que el Director de la ANPCyT expresaba que "La única manera de actuar inteligentemente es a través de la generación de patentes propias que no interfieran con las patentes extranjeras. Hay que aprovechar este tiempo inicial para realizar las innovaciones que más le convengan al país y negociar a futuro con otras naciones. Es decir, poder revertir la situación donde una empresa copa el mercado o controla una tecnología clave, como en el caso de las semillas de Monsanto" (Premici, 2007)

[16] Dos argumentos sostienen este considerando: que este proceder no es compatible con las necesarias transparencia y seriedad que deben avalar una iniciativa y que "la Argentina cuenta con investigadores en estos temas cuyo criterio y experiencia deben ser aprovechados al momento de buscar y decidir cuál o cuáles van a ser los nichos que más convienen a su desarrollo".

[17] Argentina. Proyecto de Resolución Número de Expediente 2844-D-2005. Pedido de informes al Poder Ejecutivo sobre los objetivos de las políticas científicas y la creación de la Fundación Argentina de la Nanotecnología (Resolución del ME NS 380/05). Publicado en: Trámite Parlamentario N° 52. Fecha: 13/05/2005.

[18] Para Puig de Stubrin, la ley N° 25.467, que crea la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica, establece claros mecanismos de concursos y licitaciones, y la ley 24.156 de administración financiera reclama dictámenes previos cuando el Estado aporta fondos a una Fundación en la que participa el sector privado.

[19] El CECTE fue creado en abril de 2001 mediante la Resolución 004/2001 de la Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva y desde 2007 funciona en el ámbito del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva.

[20] Del análisis normativo el CECTE concluyó que "un decreto que destine importantes sumas de dinero a una Fundación creada sin obligación de adhesión al sistema legal resultaría contrastante con la estructura tan cuidadosamente diseñada por el Congreso de la Nación Argentina, en manifiesto perjuicio al principio de igualdad, de tan alto valor ético y jurídico" y recomienda tanto para el caso estudiado como para casos futuros que "se observen los lineamientos de la Ley 25.467 a fin de garantizar que las decisiones progresen sobre bases éticas estrictas".

[21] La controversia que despertaron estos contratos de colaboración y la posible aplicación militar de los desarrollos motivó incluso la crítica del epistemólogo Gregorio Klimovsky (Página 12, 2005a), del matemático Mischa Cotlar (Página 12, 2005b) y del –por entonces- decano de la Facultad de Ciencias Exactas de la Universidad de Buenos Aires (Página 12, 2005c).

[22] Argentina. Proyecto de Resolución Número de Expediente 5416-D-2005. Pedido de Informes al Poder Ejecutivo sobre el Financiamiento de Proyectos de Investigación Científica, Desarrollo Tecnológico o Innovación Productiva. Autores: Puig de Stubrin, Lilia; Storani, Federico; Negri, Mario. Publicado en: Trámite Parlamentario nº 132. Fecha: 16/09/2005.

[23] Argentina. Proyecto de Resolución Número de Expediente 0753-D-2006. Pedido de Informes al Poder Ejecutivo sobre el Financiamiento de la Conferencia de Carácter Científico Realizada en el Hotel Tunquelen, Bariloche, Provincia de Rio Negro, por parte de la Oficina de Investigaciones Navales y de la Fuerza Aérea de Estados Unidos de América. Autores: Rodríguez, Marcela; García, Susana; Bisutti, Delia. Publicado en: Trámite Parlamentario nº 13. Fecha: 17/03/2006.

[24] El diario reproduce textualmente la opinión del especialista (Daniel Grain): "El camino abierto en el terreno de la biotecnología en la Argentina muestra la senda que seguirán estos desarrollos: vía libre para las empresas, ningún

control sobre los impactos ambientales y ausencia total de debate público" (Premici, 2007).

[25] Lupi amplía su razonamiento de la siguiente manera: "Durante la etapa neoliberal de la Argentina, la política indicaba que sólo podíamos incorporar tecnología desarrollada en el exterior, por lo tanto no se necesitaba ninguna política industrial. Hoy, la política nos estimula a jugar un papel más relevante, para generar productos que se comercialicen en el mercado" (Premici, 2007).

[26] A raíz de ello, se presentaron dos proyectos legislativos de pedido de informes al Poder Ejecutivo Nacional. El primero, propiciado por un bloque de siete diputados de la UCR: Argentina. Proyecto de Resolución Número de Expediente 2617-D-2010. Pedido de informes al poder ejecutivo sobre diversas cuestiones relacionadas con el funcionamiento de la "Fundación Argentina de Nanotecnología", dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología e Innovación Productiva. Publicado en: Trámite Parlamentario N° 43. Fecha: 28/04/2010. El segundo, de los diputados Mario Raymundo Fiad (UCR) y Miguel Ángel Giubergia (UCR). Proyecto de Resolución, Expediente Diputados: 3353-D-2010. Pedido de informes al Poder Ejecutivo sobre diversas cuestiones relacionadas con el funcionamiento de la "Fundación Argentina de Nanotecnología". Publicado en: Trámite Parlamentario N° 58. Fecha: 18/05/2010.

[27] Argentina. Proyecto de Ley Número de Expediente 3279-D-2005. Plan Nacional Estratégico de Desarrollo de Micro y Nanotecnologías, y derogación del Decreto 380/05. Publicado en: Trámite Parlamentario nº 65. Fecha: 02/06/2005.

[28] Este fondo se planteaba para financiar actividades y proyectos de investigación aplicada, desarrollo tecnológico, transferencia tecnológica e innovación productiva y formación de recursos humanos en la materia. Con esto se buscaba evitar el conflicto de intereses que surge al reunir en una misma institución las acciones de promoción y ejecución (como lo hace la actual FAN).

[29] Para este grupo de diputados se debía tener presente que "las tecnologías para el desarrollo de aplicaciones de la nanotecnología son bastante distintas de las aplicaciones de uso agrícola. Los costos de la infraestructura son muy

elevados. Debería existir una decisión política de muy largo plazo en qué áreas de la nanotecnología debemos concentrar nuestros esfuerzos, ya que no estamos en condiciones de realizar inversiones de miles de millones de dólares como se hacen en los países desarrollados.”

[30] Argentina. Proyecto de Ley Número de Expediente 7277-D-2006. Ley Marco de la Industria Nanotecnológica. Publicado en: Trámite Parlamentario nº 188. Fecha: 07/12/2006.

[31] El propio diputado Giorgetti en sus artículos periodísticos comienza a advertir las contradicciones del modelo de monocultivo sojero argentino (2007). Se comienza a percibir que en esta etapa el discurso de la biotecnología agrícola dejaba de abrigar al discurso de las N&N.

[32] Argentina. Proyecto de Ley Número de Expediente 4853-D-2008. Ley marco de la industria nanotecnológica (INNATEC): objetivo, definiciones, autoridades. Publicado en: Trámite Parlamentario N° 114. Fecha: 04/09/2008

[33] Mediante la Ley 26.338 de 2007, modificatoria de la Ley de Ministerios (t.o Decreto 438/92), la FAN pasó a la órbita del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. La FAN, al año siguiente realizó una convocatoria donde se anunciaba que se habían presentado veinte empresas “que tienen proyectos avanzados o productos con una base de nanotecnología”. Hubert (2014) aclara que la FAN financió, a través de su primera convocatoria, 9 ideas-proyecto con orientación tecnológica e industrial y que, mientras que las redes formaban parte de la investigación pública, los proyectos de la FAN estaban directamente orientados hacia los actores privados.

[34] En el Plan, la nanotecnología es un área considerada como la de mayor potencialidad dentro del nuevo paradigma tecnológico, por lo que ofrece una ventana de oportunidad para países en vías de desarrollo como la Argentina, en la medida en que los cambios en la estructura productiva mundial abren un espacio para los “nuevos jugadores”. Al respecto, esta tecnología sobresale por el camino relativamente corto entre la innovación y la producción y por la posibilidad de patentamiento y disminución de la dependencia tecnológica (MINCyT, 2012a, p. 60).

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

[35] En resumen, pueden encontrarse Proyectos de Investigación y Desarrollo (PID) correspondiente al Fondo para la Investigación Científica y Tecnológica (FONCYT); Empresas de Base Tecnológica (Empretecno) y Fondos Sectoriales Nano (FS) del Fondo Argentino Sectorial (FONARSEC); ANR y Emprendedores FONSOFT del Fondo Fiduciario de Promoción de la Industria del Software (FONSOFT); ANR TEC, Artículo N°2, Asistencias Tecnológicas (ASIS-TEC) y Recursos Humanos Altamente Calificados (RRHH AC) del FONTAR (ANPCyT, 2017).

[36] Hubert (2014) explica que tras la creación de los Fondos Sectoriales la actividad de la FAN se reorientó hacia la organización de reuniones de intercambio de información. En particular, los encuentros Nano Mercosur que agruparon a actores públicos y privados de las N&N. Lupi, como presidente de la FAN, ha expresado que la misión de la Fundación "estaría cumplida si logramos dejar algunos casos paradigmáticos que demuestren que la nanotecnología es negocio o que es conveniente en algún aspecto que beneficie a la sociedad argentina" (Luna, 2015).

[37] Argentina. Proyecto de Ley Número de Expediente 2092-S-14. Marco para el Desarrollo y la Aplicación de la Nanotecnología, la Física Cuántica y la Biología Sintética. Publicado en: Diario de Asuntos Entrados N° 103. Fecha: 02/07/2014.

[38] Este proyecto parlamentario expresaba que la propuesta "es hecha con la idea de que estos fundamentales avances de la humanidad respeten en todo momento la vida" y advirtiendo que "estas nuevas tecnologías pueden conllevar a riesgos y peligros si son mal utilizadas". También expresaba que las posibilidades de esos campos del conocimiento deben estar "totalmente al servicio de todas las personas y de todos los seres que habitan nuestro Planeta". No obstante ello, el texto no preveía en su articulado mecanismos específicos para asegurar la observancia de los principios que buscaba tutelar.

[39] La norma reglamenta el Decreto 987/2006, que aprobó el modelo de Contrato de Préstamo Nº 1728/OC-AR con destino al Programa de Modernización Tecnológica III.

[40] La Unidad de Gestión Socio Ambiental (UGSA) presta apoyo técnico, asistencia y colaboración en temas de gestión ambiental e higiene y seguridad en el trabajo, a la Presidencia de la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica (ANPCyT) y a los diferentes fondos que se encuentran bajo su órbita, a saber: FONTAR, FONCyT y FONARSEC. Asimismo colabora con aquellas áreas que requieran su intervención a través de los diferentes programas de financiamiento externo.

[41] El encuentro fue organizado por la Dirección de Relaciones Internacionales del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva; el Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología (CECTE), la Fundación Argentina de Nanotecnología (FAN), el Centro Argentino-Brasileño de Nanociencia y Nanotecnología (CABNN), el Programa Argentino-Brasileño de Ética en la Ciencia y la Tecnología (PABECyT), y recibió el auspicio de la Dirección General de Investigación de la Comisión Europea (MINCyT, 2008)

[42] En este encuentro Peteris Zigalvis, responsable de la Unidad de Gobernanza y Ética de la Dirección General de Investigación de la Comisión Europea, presentó el Código de Conducta para la Investigación Responsable en Nanociencia y Nanotecnología adoptado en 2008 por la Comunidad Europea. Según el MINCyT en este encuentro Zigalvis expresó que "la cuestión principal respecto de los riesgos, es el tema de la seguridad de las nano partículas. Y ante la situación actual, una salida para afrontar este riesgo es el principio de precaución y la implementación de un código de conducta" (MINCyT, 2008).

[43] Entre las normas publicadas por el Comité ISO/TC 229, se puede destacar la serie ISO/ TS 80004, que se ha encargado de fijar estándares en el vocabulario, sobre términos básicos (80004-1:2015), nano-objetos (80004-2:2015), nano-objetos de carbono (80004-3:2010), materiales nanoestructurados (80004-4:2011), interfaz nano/bio (80004-5:2011), caracterización del nano-objeto (80004-6:2013), diagnóstico y terapéutica en salud (80004-7:2011), procesos de nanomanufacturado (80004-8:2013) y fenómenos cuánticos en nanotecnología (80004-12:2016). Otras normas de vocabulario para esta serie actualmente se encuentran en fase de estudio y elaboración.

[44] ISO/TC 229/CAG: Presidente del Grupo Asesor. ISO/TC 229/JWG 1: Grupo dedicado a cuestiones terminológicas y de nomenclatura. ISO/TC 229/JWG 2: Grupo dedicado a medidas y caracterizaciones. ISO/TC 229/TG 2: Sobre consumo y dimensiones sociales de las nanotecnologías. ISO/TC 229/TG 3: Sobre nanotecnologías y sostenibilidad. ISO/TC 229/WG 3: Dedicado a salud, seguridad y aspectos ambientales de las nanotecnologías. ISO/TC 229/WG 4: Abocado al estudio de las especificaciones materiales. ISO/TC 229/WG 5: Estudia productos y aplicaciones.

[45] CGN: Indica que se trata de un documento cuyo estudio se ha completado, restando tan sólo su análisis por el Comité General de Normas, en los aspectos formales de coordinación y compatibilización con otras normas

[46]ANT: Significa que en el organismo de estudio se están reuniendo antecedentes sobre ese tema, o bien que el primer documento preparado lleva ese nombre por estar incompleto o porque se supone que será pasible de muchas modificaciones.

[47] Según Fiorani (2011, p. 12) "luego del entusiasmo inicial por las oportunidades -aparentemente ilimitadas- de sus aplicaciones, la comunidad nanotecnológica tomó una postura conservadora para contemplar las posibles implicancias en la salud y la seguridad de las personas y el ambiente expuestos a nanomateriales".

[48] El Comité ISO/TC 229 también ha avanzado en normas estandarizadas en materia de evaluación de riesgos, como la norma ISO/TR 13121:2011, de evaluación de riesgo de nanomateriales, ISO/TR 13329:2012, de preparación de fichas de datos de seguridad para nanomateriales y la norma ISO/TS 12805:2011, que orienta sobre especificaciones materiales de nano-objetos. De forma concordante, el Comité también ha publicado estándares para gestionar los riesgos de estas tecnologías en entornos laborales, como la norma ISO/TR 12885:2008, sobre prácticas de salud y seguridad en entornos laborales relevantes para las nanotecnologías, o las normas ISO/TS 12901-1:2012 y 12901-2:2014, de gestión de riesgos laborales aplicado a nanomateriales de ingeniería. Otra norma de relevancia es la ISO/TS 13830:2013, sobre etiquetado voluntario para productos de consumo que contengan nano-objetos manufacturados.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

[49] La peculiaridad del régimen francés es que la expresión substances à l'état nanoparticulaire es una categoría "anómala" que no reconoce antecedentes en ningún lugar del mundo y sólo se explica apelando a las particularidades que revistió la controversia en ese país (cfr. Laurent, 2017, p. 117).

[50] El documento destaca que "la baja mención de los grupos de I+D sobre esta temática sugiere que este no es una cuestión prioritaria al menos por el momento. De todos modos, cabe destacar que a nivel internacional son fuertes los debates y las investigaciones sobre los posibles impactos de la Nanotecnología en la sociedad, principalmente debido a los efectos tóxicos de algunos materiales en la nanoescala" (2012b, p. 32).

[51] Así, "para algunos de los encuestados la falta de regulaciones o su escaso desarrollo genera incertidumbre a la hora de tomar la decisión de desarrollar o no un producto. Esto sucede, en particular, en las áreas relacionadas con aplicaciones en salud humana, ya que tal vez no sea fácil introducir los desarrollos en el mercado, como se esperaba inicialmente" (MINCyT, 2012b, p. 32).

[52] Estudios de consultoría en el sector nanotecnológico. El futuro de las nanociencias y las nanotecnologías en argentina. Estudio de prospectiva y vigilancia tecnológica. Préstamo BIRF Nº 7599/AR - Licitación Nº 05/09. El Consorcio estuvo integrado por el Observatorio Tecnológico (OTEC) del Departamento de Ingeniería Industrial de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina), el Instituto de Bioingeniería de Cataluña (IBEC) y la Fundació Hospital Universitari Vall d'Hebron– Institut de Recerca (VHIR) (España).

[53] El estudio entiende que el tema ha permanecido relegado, y que la necesidad de enfrentarlo se debe a la probabilidad de que en el mediano plazo Argentina sea un país exportador de nanomateriales (2016, p. 72). Como grandes estrategias para alcanzar los objetivos, la consultoría estima necesario facilitar la inversión extranjera en el país, agilizar los trámites de importación y diseñar un marco normativo adecuado.

[54] Resaltando que cuando se trata de productos con nanomateriales, la legislación y las normativas deben estar orientadas al control de productos alimentarios, médicos y farmacéuticos, de modo de garantizar la seguridad de

la población (2016, p. 72).

[55] Ampliando este punto, el texto expresa que “para poder realizar esta evaluación de un modo fiable, dado que el tamaño, la forma y otras propiedades fisicoquímicas de una nanopartícula pueden dar lugar a cambios en los efectos producidos, es necesario especificar las características de cada producto de nanopartículas; el concepto de dosis de exposición tiene que ser definido en términos de número de partículas y/o área total y no únicamente en términos de masa como convencionalmente” (2016, p. 193).

[56] Según el estudio, esta plataforma permite gestionar, ordenar, clasificar y actualizar de forma integrada distintas fuentes de información, es personalizable en función de las necesidades y requerimientos de cada empresa u organización y es útil para organizaciones y usuarios finales interesados en los contenidos, y en recibir notificaciones frecuentes de novedades (p. 166).

[57] Según el comunicado de la ANMAT, de fecha 30 de Noviembre de 2012, el grupo se abocó a realizar un diagnóstico de situación sobre aspectos científicos regulatorios, en base a documentos nacionales e internacionales, y a sistematizar información específica sobre el tema. El comunicado preveía una segunda instancia en la que se convocarían referentes de organismos técnicos y de distintas instituciones académicas, a fin de iniciar una etapa de intercambio y actualización recíproca continua.

[58] Los ESCT locales han puesto de manifiesto la diversidad de trayectorias al interior de las redes de investigación, la falta de consenso respecto de los contenidos de las N&N (rupturas y continuidades) y las distintas caracterizaciones y reajustes que las redes inscriben en los nano-objetos (cfr. Hubert y Spivak L´Hoste, 2009).

[59] Para Lupi, el principal problema que tenía la nanotecnología es “que se conocía muy bien dentro de los ámbitos científicos, muy poco dentro del ámbito industrial y nada en la sociedad” (Mi Club Tecnológico, 2015). En este sentido, debe tenerse en cuenta al Grupo de Nanotecnología del Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI), que en los ‘80 desarrolló un microscopio de efecto túnel por el cual se lograron las primeras imágenes de resolución atómica en Latinoamérica. Se destaca también la creación en 1999 del Labo-

ratorio de Nanoscopías. Por último, cabe destacar los sucesivos Encuentros de Superficies y Materiales Nanoestructurados, una iniciativa nacida en 2001 en el seno de la Comisión de Energía Atómica en Bariloche, que acostumbra convocar todos los años investigadores de N&N de toda la región.

[60] Para Lupi, es el Estado quien debe identificar las oportunidades de la nanotecnología para nuestra sociedad, formar recursos humanos en el área, incentivar redes de colaboración, crear una masa crítica de expertos y luego promover la creación de plataformas de vinculación entre empresas e investigadores (2012, p. 47). En algunas áreas considera que debe darse lugar a un "demandante privilegiado" que financie por fuera de las reglas generales del mercado (2012, p. 46).

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a1

Doctrina

Gianella Bardazano⇘

Cuestiones metodológicas relativas al positivismo jurídico: "nuestro concepto de derecho"

Methodological Questions related to the Juridical Positivism: "Our Concept of Law"

Questões metodológicas relativas ao positivismo jurídico: "nosso conceito de direito"

Resumen: *El artículo se propone presentar un panorama introductorio de los compromisos metodológicos y conceptuales de la teoría del derecho de Joseph Raz, con miras a abordar las particularidades del relacionamiento entre el derecho y la moral desde la perspectiva del autor. Raz es un representante del positivismo jurídico como teoría del derecho y, además, sin afectar con ello el carácter positivista de su teoría, entiende que no existe un punto de vista jurídico diferenciado del punto de vista moral. Uno de los propósitos de su teoría del derecho es proveer una explicación de la naturaleza del tipo de institución social designada por nuestro concepto de derecho.*

Palabras clave: *Positivismo, concepto derecho.*

Abstract: *This article intends to present an introductory outlook of the methodological and conceptual commitments of Joseph Raz's law theory, with the intention of approaching the particularities of a relationship between law and moral from the perspective of the author. Raz is a representative of the legal positivism as law theory and, moreover, without affecting the positivist character of his theory, he understands that there is no legal point of view apart from the moral point of view. One of the purposes of his theory is to provide an explanation for the nature of the*

⇘ Prof. Agr. Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.
Orcid ID: https://orcid.org/0000-0002-7477-1305
✉ *gbardazano@gmail.com*

type of social institution designated by our concept of law.
Keywords: *Positivism, concept law.*

Resumo: *O artigo se propõe a apresentar um panorama introdutório dos compromissos metodológicos e conceituais da teoria do direito de Joseph Raz, com o intuito de abordar as particularidades do relacionamento entre o direito e a moral desde a perspectiva do autor. Raz é um representante do positivismo jurídico como teoria do direito e, ademais, sem afetar com isso o caráter positivista de sua teoria, entende que não existe um ponto de vista jurídico diferenciado do ponto de vista moral. Um dos propósitos de sua teoria do direito é fornecer uma explicação da natureza do tipo de instituição social designada por nosso conceito de direito.*
Palavras-chave: *Positivismo, conceito direito.*

Recibido: 20180612
Aceptado: 20180627

Aspectos generales

En este artículo abordaremos en general del problema de las relaciones entre el derecho y la moral, a partir del análisis del debate acerca de la incorporación o no de la moral al derecho, con especial referencia a la respuesta que Joseph Raz ofrece para esta cuestión, es decir, en el entendido de que es la denominada tesis de las fuentes sociales la que hace referencia a la relación entre el derecho y la moral. La validez jurídica, como identificación de las reglas que pertenecen al sistema jurídico, no puede depender de criterios de moralidad, sino hacer referencia exclusivamente a hechos sociales. Desde este enfoque, aquello que el derecho es puede identificarse con independencia de lo que debería ser, de allí que las razones morales no intervengan en la identificación de la existencia y contenido del derecho de una comunidad (Ródenas, 2003, 417). Ahora bien, Raz es un representante del positivismo jurídico como teoría del derecho y, además, sin afectar con ello el carácter positivista de su teoría, entiende que no existe un punto de vista jurídico diferenciado del punto de vista moral. Uno de los propósitos de su teoría del derecho es proveer una explicación de la naturaleza del tipo de institución social designada por nuestro concepto de derecho. Sin perjuicio de ello, las particularidades de la doctrina de la autoridad legítima como núcleo del concepto de derecho torna problemática –en principio– su adscripción al positivismo jurídico, si bien la literatura lo incluye entre los exponentes del positivismo jurídico excluyente, circunstancia ésta que revela la pertinencia de intentar reconstruir los elementos centrales de la propuesta, con el objetivo de aproximarnos a su particular enfoque del relacionamiento entre derecho y moral. La tarea de proporcionar una explicación acerca del problema de la normatividad del derecho es lo que justifica la atención especial a la cuestión del vínculo entre derecho y moral teniendo en cuenta la necesidad de una identificación del derecho socialmente orientada. Ello porque los sistemas jurídicos son sistemas normativos que se identifican por características que indican su papel como instituciones sociales (Raz, 1991, 193).

A modo de antecedentes. Panorama de la evolución de las tesis centrales del positivismo e impacto del embate de Dworkin

El siguiente esquema, para cuya presentación y formulación seguimos la propuesta de Moreso (2002), permite visualizar panorámicamente los ejes del debate Hart-Dworkin en torno a las tesis de las fuentes sociales y de la separación entre derecho y moral[1], que forman parte del núcleo conceptual del positivismo jurídico; incluyendo las formulaciones hartianas, las objeciones de Dworkin y, por último, las variaciones que se atribuyen a las versiones incluyente y excluyente del positivismo. Dichas tesis en el positivismo jurídico del siglo XX, identificado fundamentalmente con la teoría de H.L.A. Hart, pueden resumirse en la siguiente formulación: a) la existencia y contenido del derecho dependen de un conjunto de acciones de los miembros de la sociedad, de modo que identificar el derecho implica reconocer esos hechos sociales que dan lugar a la creación de normas jurídicas; b) la validez jurídica de una norma no supone necesariamente su acuerdo con la moralidad, y la validez moral de una norma no supone necesariamente su validez jurídica (Moreso, 2002, 94).

Las críticas efectuadas por Dworkin[2], por su parte, pueden presentarse en la siguiente enunciación: a) los principios morales son estándares aplicables jurídicamente, que no se originan en un hecho social; b) lo anterior implica que hay estándares que tienen validez jurídica porque son moralmente válidos (Moreso, 2002, 94).

Al interior del positivismo contemporáneo se reformulan las tesis centrales en los siguientes términos, considerando la incorporación de la moral al derecho: a) la existencia y contenido del derecho dependen de hechos sociales, que contingentemente pueden recurrir a estándares morales, tornándolos válidos jurídicamente; b) no es necesariamente el caso que la adecuación a la moralidad constituya una condición de la validez jurídica[3] (Moreso, 2002, 95).

La reformulación de las tesis sin considerar la incorporación de la moral, es la siguiente: a) la existencia y contenido del derecho dependen únicamente de hechos sociales, que pueden describirse sin recurrir a la moralidad[4]. El abandono de la tesis de las fuentes, para Raz[5], supone dejar sin posibilidad de análisis un elemento fundamental del derecho, que tiene que ver con su relevancia, que es la autoridad; b) la adecuación de las normas a la moralidad necesariamente no es nunca condición de su validez jurídica (Moreso, 2002, 94).

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a13

El debate Hart-Dworkin reabrió, en el campo de la teoría del derecho de finales de los años setenta del siglo pasado, la histórica polémica sobre el papel que juega la moral en la existencia y el contenido del derecho. Claramente luego de la publicación en 1994 del *Postscriptum* a la segunda edición de *El Concepto de Derecho* se desarrollaron las dos corrientes esbozadas, a partir de dos modos de identificar el derecho: el positivismo jurídico incluyente y el positivismo jurídico excluyente[6]. Sin perjuicio de la particular reformulación de las tesis centrales del positivismo jurídico que ofrece cada una de estas corrientes, es pertinente enfatizar que en el centro del debate se encuentra la compatibilidad de la inclusión de criterios sustantivos para determinar la validez jurídica con la tesis de las fuentes sociales del derecho (Himma, 2002; Kramer, 2004; Moreso, 2004 y Paulson, 2011). La corriente incluyente se apoya en la posibilidad de que existan sistemas jurídicos cuyos criterios de validez incluyan o incorporen los principios morales. La identificación del derecho (su existencia y su contenido), por el contrario, para la corriente excluyente depende exclusivamente de hechos sociales. Adopta una versión fuerte de la tesis de las fuentes, al contrario de la versión débil que sostiene la corriente incluyente. Sostener la versión débil supone separar la práctica social y los criterios de validez, postulando que mientras el origen del derecho es fáctico (una práctica social), los criterios de validez que la práctica contiene, lo son contingentemente. Es decir que aunque se postula que el origen del derecho reside en un hecho social, se acepta que contingentemente los criterios de validez jurídica puedan consistir en principios morales[7].

Dentro del positivismo jurídico, además, la discusión acerca de las relaciones entre la moral y el derecho y la cuestión de la incorporación de la primera al segundo, adquiere especial relevancia en la medida que las respuestas que se han dado pretenden ofrecer una descripción plausible de los ordenamientos jurídicos de las democracias constitucionales, en especial, para explicar el hecho de que las constituciones de dichos ordenamientos incluyen constantes remisiones a estándares de moralidad. Un rasgo central en la cultura jurídica de las democracias contemporáneas es la constitucionalización, por lo cual algunos autores consideran que el positivismo jurídico se ha vuelto inadecuado para dar cuenta de esos ordenamientos jurídicos. Por el contrario, Raz señala que el enfoque positivista es la única propuesta apta para dar cuenta de la naturaleza del derecho. Para este autor, un rasgo esencial de los ordenamientos jurídicos consiste en su *pretensión de autoridad*, de forma tal que es inconcebible un sistema jurídico cuyas autoridades no pretendan legitimidad,

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a13

y considera que no existe una obligación general de obedecer al derecho, sino eventualmente una obligación moral individualmente considerada[8] (Raz, 2011/1982, 311-323; Raz, 2001, 378; Gaido, 2011, 121). En términos generales, una teoría del derecho brinda una explicación acerca de la naturaleza del derecho (Raz, 2005, 48; Raz, 1998). En el mismo sentido, Shapiro (2011) sostiene que al preguntarnos sobre la naturaleza del derecho, buscamos proporcionar un conjunto de propiedades que constituyen instancias del concepto de derecho: ser derecho es lo que hace al derecho, derecho (Shapiro, 2011, 9)[9].

De alguna manera, lo que se considera problemático de la teoría de Hart en la discusión teórica contemporánea son, entre otras, dos cuestiones, según el análisis de Gaido, *"1) en qué sentido el derecho es fuente de razones justificatorias para aquellos agentes que no adoptan la perspectiva interna; y 2) en qué medida la idea de justificación relevante para explicar la normatividad del derecho puede ser mantenida de manera independiente de todo componente moral"* (Gaido, 2010, 153).

En definitiva, el centro del enfrentamiento entre las dos corrientes del positivismo jurídico mencionadas ha sido la tesis de las fuentes sociales del derecho (Bulygin, 2006, 109; Coleman, 2001, 75), o bien formulada en su versión fuerte, o bien aceptando que la corrección moral constituya –contingentemente- un posible criterio de validez jurídica y que, por tanto, ciertas normas morales pertenezcan a un sistema jurídico en virtud de su valor moral, aun cuando no posean una fuente social adecuada. Por otra parte, se ha asumido que afirmar el contingente valor moral del derecho (una cosa es la existencia del derecho y otra su evaluación) como corolario de la tesis de las fuentes sociales, resume el centro de la actitud metodológica, general y descriptiva, del positivismo jurídico como teoría del derecho[10] (Jiménez, 2008, 283), sin agotar el campo de la reflexión iusfilosófica, que incluye aspectos morales y políticos.

En ese sentido, el compromiso con una teoría moral es una opción del teórico[11] del derecho, no en tanto positivista, sino como filósofo del derecho en sentido amplio[12] (Jiménez, 2008, 246). Raz es un representante del positivismo jurídico como teoría del derecho y, además, sin que ello afecte el carácter positivista de su teoría, entiende que no existe un punto de vista jurídico diferenciado del punto de vista moral.

A propósito de la separación conceptual entre derecho y moral y su reconexión con las fuentes sociales

Resulta útil a los efectos de distinguir los contenidos de la tesis de la separación[13] en la tradición positivista, tener presente que el positivismo jurídico –en tanto teoría del derecho– constituye un modo general y descriptivo de proporcionar una teoría acerca de lo que el derecho es. Esta caracterización se vincula con el enfoque metodológico al que refiere Bobbio cuando aborda el "positivismo metodológico" (Bobbio, 2004/1965, 41-43); esto es, vinculado al criterio de demarcación del objeto de estudio de la ciencia jurídica[14] y, por tanto, a la pertinencia de la distinción entre derecho real y derecho ideal o entre derecho como hecho y derecho como valor, o bien, entre el derecho que es y el derecho que debe ser. En otras palabras, y recurriendo al contenido de la tesis de las fuentes sociales, el eje de la teoría positivista radica en la afirmación de que en cualquier sistema jurídico la validez de una norma jurídica depende de su fuente, no de su mérito. De ahí que Bulygin considere a la tesis de la separación entre derecho y moral también en términos de validez: *"la validez jurídica de una norma no implica necesariamente su validez moral y la validez moral de una norma no implica necesariamente su validez jurídica"* (2006, 73). En el mismo sentido, la caracterización de Bobbio del positivismo jurídico como forma de delimitar el objeto de estudio del derecho refiere a la centralidad de la aceptación de la derivación de hechos verificables[15] como criterio para distinguir una regla jurídica de otros tipos de reglas. La correspondencia o no con algún sistema de valores o fines no es relevante para la demarcación del objeto de la ciencia jurídica y, por tanto, no incide en la identificación del derecho. Lo que se rechaza es la inclusión de elementos finalistas en la definición del derecho (como la obtención del bien común, la promoción del bienestar, la actuación de la justicia) en tanto ello determinaría que se rechacen como parte del objeto (por considerarlas no jurídicas) las reglas que, no obstante emanar de órganos autorizados mediante los procedimientos establecidos, no sirvan para alcanzar esos fines a pesar de que –en la práctica– puedan constituir el fundamento para evaluar y regular comportamientos (Bobbio, 2004/1965, 42).

La preocupación de los filósofos del derecho relativa a la especificación de las diferencias entre ambos sistemas normativos (el derecho y la moral) es planteada en la bibliografía positivista más relevante del siglo XX como un problema de demarcación[16] (Kelsen, 1986/1960; Hart 1998/1961; Raz,

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a13

2011/1982; Raz, 1997) de acuerdo al cual la validez jurídica no puede depender de la validez moral, sea en todos o en algunos de los ordenamientos jurídicos posibles (Leiter 2011). En tanto el concepto de derecho debe su existencia a la existencia de fenómenos sociales intencionalmente producidos para resolver problemas de coordinación, la caracterización del derecho centrada en su naturaleza institucional, debe ocupar un lugar central en la teoría del derecho.

Una interpretación de la tesis de la separación como la negación de la vinculación entre derecho y moral es inaceptable para Raz. Si la tesis es entendida como afirmando que *"una teoría pertenece a la tradición positivista sí y sólo si sostiene que las características necesarias del derecho pueden ser establecidas sin el uso de concepto moral alguno"* (Raz, 2007, 20), entonces su teoría acerca de la naturaleza del derecho no puede ser considerada parte de la tradición positivista, en la medida que la propiedad necesaria o esencial del derecho es –según su enfoque conceptual– que pretende autoridad legítima y, justamente, el concepto de autoridad legítima es un concepto moral (Raz, 2007, 20). La satisfacción de un valor moral –la autoridad legítima– *"puede fracasar en la práctica, pero la pretensión de que se lo satisface no se puede negar de manera explícita sin contradicción"* (Gaido, 2011, 191). En ese sentido, la tesis de la separación posee capacidad explicativa en la teoría del derecho de Raz vinculada, no al concepto de derecho, sino a la identificación del derecho (Gaido, 2011, 191; Moral Soriano, 2000, 341), lo cual la conecta con la tesis de las fuentes (Himma, 2002; Marmor, 2011).

En definitiva, entre las diferentes formulaciones de la tesis de la separación que suelen encontrarse en la literatura, quizás la que remite a una intuición más firme es la que pone el énfasis en que el derecho es un artefacto creado por el hombre, que constituye un producto de acciones de seres humanos, una práctica social; es decir, una realidad convencional (Bayón, 2002, 5; Leiter 2011, 664). Lo habitual es que se presente esta idea como "tesis de las fuentes sociales" (Raz, 2001) o "tesis social" (Raz, 2011/1982) que, teniendo en cuenta las reconstrucciones de las formulaciones presentadas en el apartado anterior, podría expresarse a través de la siguiente formulación de carácter conceptual: "*la existencia y el contenido del derecho, o lo que es lo mismo, qué es y qué no es derecho, es algo que depende (queriendo decir, por lo general, que depende exclusivamente) de hechos sociales complejos"* (Bayón, 2002, 6).

Algunas puntualizaciones acerca de la perspectiva de Raz

Introducción

A continuación se presentan las particularidades de los compromisos metodológicos que Raz asume al atribuirle al análisis conceptual o elucidación conceptual un rol central en la tarea de la teoría del derecho. El concepto de derecho para Raz no es introducido por el teórico con el objetivo de explicar la práctica jurídica, sino que se trata de un concepto que forma parte de nuestra propia auto-comprensión de la sociedad. En ese sentido, la intención de la filosofía del derecho *"es poner en claro la manera en que el derecho es concebido por quienes están sujetos a él, hasta el punto en que esto es una investigación conceptual más que empírica"* (Ruiz Manero, 1991, 335).

Entendidas como razones para la acción (Raz, 1991), la función de las directivas autoritativas en el razonamiento jurídico –que es un tipo de razonamiento práctico– es excluir el balance de razones. El razonamiento judicial es ejemplo por excelencia del razonamiento jurídico y, precisamente, en él una directiva autoritativa *"excluye cualquier deliberación acerca del peso de las razones de primer orden y aparta el propio juicio respecto a cuál sea la razón para actuar"* (Moral Soriano, 2000, 341). La fundamentación de esa función excluyente es el centro de la teoría de la autoridad legítima que propone Raz. De este modo, los dos elementos centrales y complementarios entre sí de la teoría del razonamiento práctico jurídico son la tesis de las fuentes sociales del derecho y la tesis de la autoridad legítima. Su importancia en la comprensión del razonamiento jurídico requiere tener en cuenta las tres tesis o condiciones que hacen parte de la doctrina de la autoridad legítima, cuales son: la tesis o condición de la justificación normal, la tesis o condición de la independencia y la tesis del reemplazo[17].

Teoría del derecho y análisis conceptual

Una división general de las teorías acerca de las prácticas sociales consiste en distinguir teorías descriptivas, teorías analíticas o conceptuales, y teorías normativas, prescriptivas o críticas (Bix, 2006, 18). Las teorías descriptivas del derecho, en términos generales, suelen presentarse como miradas sociológicas, antropológicas o psicológicas acerca del modo en que la gente se comporta en situaciones jurídicas o de acuerdo a regulaciones jurídicas; o bien,

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a13

como reseñas históricas sobre desarrollos de sistemas jurídicos particulares. La perspectiva de Hart apunta a construir una teoría del derecho que conciba la práctica, al menos en parte, desde el punto de vista interno o perspectiva del participante que acepta el sistema jurídico como proveedor de razones para actuar (Bix, 2006, 19; Hart, 1994, 79-91).

La teoría del derecho es el estudio de una forma específica de organización social, que incluye el estudio acerca de la identidad y la estructura de los sistemas jurídicos, el tratamiento de la cuestión de si existe algún contenido necesario al derecho, así como el estudio de categorías propias de lo normativo como las de validez y eficacia del derecho. El derecho es un aspecto de un sistema político y, su existencia e identidad se encuentran vinculadas a la existencia y la identidad del sistema político del cual es parte (Raz, 1970/1986, 253). Un sistema jurídico puede ser concebido como un sistema de razones para la acción y, en base a ello, la cuestión de la identidad de un sistema es la cuestión de qué razones son jurídicas (Raz, 1970/1986, 253).

Raz emplea la expresión *"una teoría del derecho"* en sentido restringido: *"haciendo referencia a una explicación de la naturaleza del derecho"*. Y entiende que su éxito depende de que satisfaga los siguientes criterios: 1) que la teoría consista en proposiciones necesariamente verdaderas acerca del derecho y, 2) que dichas proposiciones expliquen lo que el derecho es (Raz, 2005, 47-48). Por otra parte, la naturaleza del derecho refiere a aquéllas características o propiedades del derecho que hacen a su esencia (que hacen que sea lo que es). Ello no significa que no haya otras instituciones sociales que compartan con el derecho ciertas propiedades, pero no las esenciales, de forma que, aunque en numerosas sociedades a lo largo de la historia existan sistemas normativos que se parecen al derecho, si carecen de las propiedades esenciales, no son sistemas jurídicos (Raz, 2005, 57).

Sostiene Bix que elaborar una teoría acerca de la naturaleza del derecho resulta una empresa difícil, en la medida que *"el derecho parece ser una combinación de lo inmutable y lo contingente, de institución social y razonamiento practico, de voluntad política y elaboración razonada"* (2006, 15). A partir de esa duda, plantea la pertinencia de afirmar que las teorías acerca de la naturaleza del derecho son necesariamente parciales, y que la complejidad del derecho, eventualmente, solo puede ser capturada por la combinación de teorías (Nino, 2014, 39-44). Para determinar cuál es el objeto de la teoría del

derecho de conformidad con la postura de Raz, pueden presentarse las siguientes afirmaciones, siguiendo la elaboración de Bouvier (2007). En primer lugar, explicar la naturaleza del derecho es tarea de la teoría del derecho, y ello requiere (aunque no se agota en) explicar el concepto de derecho. En segundo lugar, los conceptos se ubican entre las palabras y el mundo; o mejor, entre las palabras y sus significados, por un lado, y la naturaleza de la cosa a la que ellos se aplican, por otro. En tercer lugar, un concepto es una forma de concebir aspectos del mundo. Raz sostiene que debe distinguirse entre el manejo completo de un concepto (que equivale a conocer todas las propiedades esenciales (necesarias) del objeto al cual el concepto refiere) y el manejo de condiciones mínimas de posesión (que pueden involucrar propiedades necesarias y no necesarias del objeto). Por último, es necesario tomar distancia de las posturas que asocian analizar un concepto con analizar solamente el significado de expresiones lingüísticas. Explicar un concepto consiste en explicar su posesión y comprensión, haciendo hincapié en las habilidades que involucra su manejo (Bouvier, et al. 2007, 36-39).

Admitir que el concepto de derecho es el producto de una cultura específica, un concepto que no estaba disponible para integrantes de culturas anteriores, no muestra que dichas culturas carecieran de derecho (Raz, 2005, 78). Para Raz, la acusación de que *"una teoría del derecho debe ser local en tanto se aplica sólo a países que poseen nuestro concepto de derecho, o a países que poseen algún concepto de derecho, es errada"* (Raz, 2005, 79). En efecto, el derecho puede existir en culturas que no consideran a sus instituciones jurídicas como tales, y lo que se propone una teoría del derecho es, precisamente, explicar el derecho dondequiera que se encuentre, aún en comunidades que no poseen el concepto de derecho (Raz, 2005, 79).

Recordemos que Dworkin (1988/1986) asume que ser conscientes del concepto de derecho es necesario para la existencia del derecho en una comunidad: el derecho es una práctica interpretativa que sólo existe en comunidades que son conscientes de la naturaleza de esa práctica y de su carácter interpretativo, y, por tanto, poseen el concepto de derecho. Raz, en este punto, sigue lo sostenido por Hart, en cuanto a que poseer el concepto de derecho no es una precondición para que la sociedad sea gobernada por el derecho (Raz, 2005, 77). En definitiva, que el concepto de derecho sea local no implica que la teoría del derecho lo sea. La teoría del derecho sólo puede desarrollarse en culturas que poseen el concepto de derecho, *"pero sus conclusiones, si son*

válidas en algún sentido, se aplican a todos los sistemas jurídicos, incluyendo aquellos que, si hay tales sistemas, tienen lugar en sociedades que no tienen nuestro concepto de derecho" (Raz, 2005, 79).

Nuestro concepto de derecho

Una teoría que se ocupa de la naturaleza del derecho es general en sentido formal; es decir, en el sentido de que su método de investigación y las conclusiones a las que arriba son aplicables a todos los sistemas jurídicos. La generalidad a la que se hace referencia, entonces, tiene que ver con que las conclusiones de la investigación teórica puedan extenderse a cualquier sociedad, no en el sentido de que sus resultados valgan para todo fenómeno jurídico de cualquier sociedad, sino en el de que *"la investigación sobre la naturaleza del derecho junto con la comparación de los conceptos o la extrapolación del nuestro puede realizarse en cualquier tiempo y sociedad"* (Jiménez, 2008, 72). A su vez, sostiene Raz que no hay que olvidar que así como ha crecido el conocimiento acerca de las diferentes culturas, ha aumentado la interacción de unas culturas con otras. Ese fenómeno junto al multiculturalismo han permitido que *nuestro* concepto de derecho sea cada vez más inclusivo y, por ello, cada vez más general (Raz, 2005, 68).

En resumen, el propósito de la teoría del derecho de Raz es proveer una explicación de la naturaleza (rasgos o propiedades esenciales) del tipo de institución social designada por *nuestro* concepto de derecho (Bix, 2006, 20). La comprensión raziana de la teoría del derecho como análisis conceptual supone que el objetivo de la teoría es explicar nuestro concepto de derecho, no un concepto universal o intemporal del derecho (Bix, 2003). La universalidad de la teoría no se afecta por el hecho de que el concepto de derecho sea local y eventualmente no compartido por todas las culturas y personas que viven bajo el derecho. Se trata de un concepto que captura una institución social que puede existir inclusive en sociedades que carecen del concepto de derecho (Raz, 2005, 85).

Esta tensión entre lo local y lo universal está implicada en entender que el análisis conceptual es parte fundamental de la teoría del derecho. Raz, asumiendo una concepción antiplatonista, sostiene que los conceptos *"se encuentran entre las palabras en las cuales son expresados y sus significados, por un lado, y la naturaleza de las cosas a las que se aplican, por otro"* (Raz,

2005, 50), es decir, se encuentran entre las palabras y el mundo, como ya fue dicho. Nuestro concepto de derecho forma parte de los conceptos que estructuran la comprensión que tenemos de nosotros mismos y de nuestra sociedad, a la vez que moldea la realidad que buscamos comprender (Gaido, 2010, 154). De ese modo, el propósito de la filosofía del derecho sería establecer los estándares que rigen el uso correcto del concepto de derecho, ofreciendo una herramienta para su mejor comprensión (Gaido, 2011, 47). Asimismo, la tarea de analizar el concepto de derecho incluye el establecimiento de relaciones con otros conceptos, la ubicación del concepto de derecho en una red conceptual más amplia, así como la determinación de cuáles son las habilidades o destrezas vinculadas a la posesión mínima del concepto y a su manejo acabado (Gaido, 2011, 49). La elucidación del concepto de derecho contiene una tarea evaluativa en tanto requiere justificar por qué se considera que ciertos rasgos constituyen los rasgos esenciales; y ello es así porque lo que se espera del teórico del derecho es que identifique, sobre la base de buenas razones, los elementos necesarios para que haya derecho. En ese sentido, en la medida que la argumentación evaluativa exigida al teórico es distinta de la argumentación moral, se sostiene que el carácter evaluativo de la teoría raziana es débil (Gaido, 2011, 50). Sin embargo, si se considera que el punto de vista de los participantes (punto de vista interno) tiene, a los fines teóricos, privilegio conceptual, entonces, la teoría tendría un carácter evaluativo fuerte, en la medida que se compromete con una argumentación moral. Y ello porque los participantes de la práctica están comprometidos con la idea de que el derecho tiene autoridad legítima (Gaido, 2011, 113).

En el apartado siguiente desarrollaremos la caracterización tradicional del positivismo jurídico como una teoría del derecho descriptiva y general, mencionada al inicio del apartado tercero, procurando mostrar en qué medida la de Raz es una teoría que se sitúa dentro del marco teórico positivista, aun caracterizando la elucidación conceptual del concepto de autoridad legítima como explicativa y normativa.

El positivismo jurídico como teoría descriptiva y general

El positivismo jurídico surge en la época en que tiene lugar en occidente el cambio de paradigma científico implicado por la consolidación del positivismo científico y filosófico (a lo largo del siglo XIX y hasta entrado el siglo XX). Sin perjuicio de ello, la asunción de que hay un solapamiento del posi-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a13

tivismo jurídico respecto del positivismo científico y filosófico (Jiménez, 2008, 30), no es aceptada unánimemente en el campo teórico del derecho. En ese sentido, numerosos autores han considerado que se trata de corrientes autónomas. Raz, por ejemplo, afirma que *"está bien establecido que el positivismo jurídico es esencialmente independiente (aunque no históricamente desconectado) tanto del positivismo de la filosofía del siglo XIX como del positivismo lógico* [del siglo XX]*"* (Raz, 1979, 55).

Al positivismo jurídico se le atribuyen dos características en tanto teoría del derecho, cuales son la actitud general y descriptiva. Ahora bien, no es sencillo distinguir entre las diferentes corrientes o escuelas que se han denominado positivistas en los siglos XIX y XX. En ese sentido, al positivismo jurídico continental del siglo XIX suele caracterizárselo como formalista y prescriptivo. Si bien tiene pretensiones de generalidad en la medida que se centra en la construcción de conceptos generales aplicables a los diferentes ordenamientos jurídicos, sus intenciones también tienen un fuerte componente dogmático. A esta corriente puede atribuírsele la creencia de que lo único que no es cambiante en la realidad jurídica es su forma, de modo que sólo a ella puede considerársela válida en términos generales. Por lo tanto, la teoría jurídica es una teoría general de las formas, entendiendo por "forma" tanto los "principios superiores" del derecho como un "sistema conceptual" elaborado para la explicación del derecho o, como "formas puras de la conciencia" (González 1961, 47; Jiménez, 2008, 34). El derecho no era, para los positivistas del siglo XIX, el derecho natural entendido como conjunto de principios universales e inmutables del cual era posible deducir otras normas, sino que los juristas trabajaban con un derecho proveniente de acuerdos sociales, que cambiaba geográfica y temporalmente. El derecho, entonces, está integrado por elementos cambiantes y por una estructura formal estable que, precisamente por esa característica, va a constituirse en el objeto de la ciencia jurídica formalista.

Teniendo en cuenta lo anterior, el positivismo jurídico decimonónico es susceptible de ser caracterizado en los términos que Bobbio presenta al "positivismo teórico", sobre la base de las siguientes tesis fundamentales: a) el derecho es un fenómeno coactivo; b) la norma jurídica es un imperativo y tiene la estructura de un mandato; c) supremacía de la ley como fuente del derecho; d) el derecho en tanto sistema es completo y coherente, por lo cual no presenta ni lagunas ni antinomias; e) la función judicial es una actividad mecánica y de-

ductiva. Ahora bien, es importante tener en cuenta que estas características del derecho no son una consecuencia de la consideración metodológica del derecho como un hecho, sino la consecuencia de haber identificado en un determinado momento histórico (coincidente con la concentración de la producción normativa en los órganos estatales) el fenómeno jurídico con el complejo de normas producidas por el Estado (Bobbio, 2004/1965, 46). En ese sentido, el positivismo jurídico como teoría es el reflejo, en el pensamiento de los juristas, de la formación del Estado moderno (Bobbio, 2004/1965, 48).

El modelo del legislador racional forma parte de la tesis de la completitud y coherencia del derecho, de modo que, para la dogmática, las normas jurídicas son un dogma racional, producto de la voluntad legítima de un legislador racional. De este modo, de acuerdo con la dogmática, si el legislador es racional (o debe serlo), las leyes no tienen (o no deben tener) contradicciones ni insuficiencias o vacíos, y ello se traduce en directivas interpretativas concretas. A pesar de la pretensión descriptiva declarada, la dogmática del siglo XIX incluía un fuerte componente prescriptivo no explicitado. La racionalidad del legislador, sumada a la teoría mecanicista de la aplicación del derecho, formaba parte de la defensa de la dogmática a determinados valores asociados a la separación de poderes como doctrina política. Se concluye que:

> los jueces, por su parte, debían limitarse a aplicar mecánicamente el derecho y, en ningún caso, crearlo. La realidad jurídica, con independencia de que fuera así, debía ser así. El derecho, entonces, no debía contener lagunas ni contradicciones, pues en otro caso los jueces estarían en condiciones de crear derecho. Es separación de funciones otorgaba legitimidad al poder del Estado y a su criatura más directa: el derecho (Jiménez, 2008, 36).

Junto con la separación de poderes, agrega Jiménez, la certeza del derecho y la seguridad jurídica constituyen los valores por antonomasia en los condicionamientos ideológico-jurídicos del siglo XIX. La seguridad se garantizaba con las leyes generales, abstractas, claras y sencillas. La certeza, por su parte, otorgaba al derecho positivo autoridad moral, en la medida que el derecho entendido como coherente, pleno y cierto aseguraba ya sea la justicia, el orden, la paz social[18] (Jiménez, 2008, 37). Esa valoración positiva del derecho tenía, entonces, que ser observada por el jurista en su tarea de ex-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a13

plicación y reconstrucción de los materiales normativos, pero, además, le exigía adhesión moral al derecho; por lo cual el jurista dogmático-positivista debía obediencia jurídica y moral al derecho, lo cual constituye un rasgo del denominado "positivismo ideológico"[19] (Bobbio, 1993, 229). El paso de la teoría a la ideología, entonces, es el paso de la verificación de un hecho o afirmación de su existencia (por ejemplo, que la fuente principal es la ley) a considerarlo valioso (el criterio para juzgar la justicia de la ley coincide con el que se adopta para determinar su validez) (Bobbio, 2004/1965, 47).

La literatura iusfilosófica no encuentra hasta mediados del siglo XX (con la teoría de Hart) una versión del positivismo jurídico que acepte la caracterización, sin mayores dificultades, de ser una teoría general y descriptiva sin pretensiones ideológicas. La jurisprudencia analítica inglesa combina la epistemología empirista y un método analítico que emplea instrumentos de la pandectística alemana (Jiménez, 2008, 37). De acuerdo con Losano, tal vez uno de los problemas del positivismo jurídico para ser una teoría efectivamente descriptiva radique en que se sitúa entre dos modelos teóricos: la *jurisprudence* angloamericana y la teoría general del derecho de Europa continental. En tanto la primera:

> busca las nociones comunes del ordenamiento jurídico a través de un procedimiento inductivo que parte generalmente del CommonLaw y, en este sentido, es una teoría que nace de lo empírico, la teoría general del derecho, por su parte, es más idealista en cuanto que desciende a través de un procedimiento deductivo desde la idea de derecho (…) hasta los elementos comunes a todo lo que se presenta como derecho (…), pero no a todos los derechos empíricos (Losano, 1978, 315-318).

En la jurisprudencia analítica del siglo XIX, Bentham (1789) diferenciaba, por un lado, la actividad de los teóricos del derecho que se dedicaban a la jurisprudencia local o a la jurisprudencia universal, dependiendo de si su objeto de estudio consistía en un ordenamiento jurídico nacional o en los ordenamientos jurídicos en su conjunto. Por otro lado, distinguía la *jurisprudencia expositiva* de la *jurisprudencia censoria*, según se tratase de una actividad consistente en describir y explicar el derecho tal como *es*, o bien, de una actividad consistente en ocuparse del derecho como *debía ser*, aplicando al derecho la distinción tradicional en el ámbito filosófico.

Posteriormente, Austin (1861) diferenció entre un modo o punto de vista descriptivo de acercarse al derecho y otro normativo, prescriptivo, crítico, moral o político de hacerlo. El primero, propio de la jurisprudencia, se ocupaba del derecho positivo de una sociedad; en tanto el segundo, relativo a la ciencia de la legislación, se ocupaba del derecho que *debía ser*: *"la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito otra (...) las más perniciosas leyes, y por consiguiente aquellas que son más opuestas al testamento de Dios, han sido y son continuamente aplicadas como leyes por los tribunales de justicia"*. A su vez, Austin también distinguía una jurisprudencia particular o nacional y una jurisprudencia general o filosofía del derecho positivo, siendo la última la que debían practicar los iusfilósofos que se ocupaban del derecho de un modo general y descriptivo.

Por otra parte, el positivismo jurídico caracterizado como acercamiento general y descriptivo al fenómeno jurídico aparece, en 1934, representado por Kelsen, quien entendía que la teoría pura del derecho se ocupaba de dar cuenta de su naturaleza, de determinar su estructura y formas típicas, absteniéndose de juzgar axiológicamente los contenidos del derecho positivo.

Contemporáneamente a la teoría de Hart, Bobbio señala que la actitud o abordaje metodológico del positivismo consiste en formular juicios descriptivos y no de valor. En el marco de los desarrollos del positivismo incluyente, Coleman (1982, 34) sostiene que el positivismo posee una pretensión analítica o conceptual acerca del derecho, en virtud de la cual, no puede confundirse con intereses normativos, a pesar de que algunos positivistas sí los tengan.

Con relación al enfoque conceptual de Raz, ya señalamos que el autor elabora una teoría del derecho que consiste en el análisis conceptual e intenta explicar *"nuestro concepto de derecho"* (Raz, 2005, 79; Bix, 2006, 20). Se trata de una teoría que se ocupa de la naturaleza del derecho y que es general en sentido formal; esto es, que su método de investigación y las conclusiones a las que arriba son aplicables a todos los sistemas (Raz, 2005, 67 y 84-86). Raz (1979, 58-62). Asume, por otro lado, que es un rasgo definitorio de la tradición positivista la tesis de separar la descripción del derecho de su evaluación; de modo que la tarea de la teoría del derecho consiste en la descripción de la naturaleza del derecho, en términos generales o universales. El tratamiento del tema del punto de vista teórico en su concepción, teniendo en cuenta los antecedentes de la tradición positivista en la que se ubica y, en ese sentido, las

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a13

diferencias de su propuesta con la de Hart, constituye una cuestión significativa para comprender el abordaje de la normatividad del derecho y, con ello, las especificidades de considerar a la pretensión de autoridad legítima como una propiedad necesaria o esencial del derecho. La existencia de un sistema jurídico requiere una autoridad efectiva y, a su vez, la existencia de una autoridad efectiva requiere un cumplimiento generalizado de sus normas porque las ha dictado la autoridad (requiere eficacia causal de las normas jurídicas) (Vilajosana, 2007, 56). Ahora bien, sostiene Raz, que los participantes aceptan el derecho en virtud de consideraciones morales, en la medida que –de acuerdo con nuestro concepto de derecho– toda imposición de un deber a un tercero (aplicar una regla) no admite otra justificación que no tenga como base una razón moral (Gaido, 2010, 156-157). *"Los jueces que aceptan la regla de reconocimiento aceptan una regla que les requiere aceptar otras reglas que imponen obligaciones a otras personas. Ellos, por lo tanto, aceptan una regla que solo puede ser aceptada de buena fe por razones morales"* (Raz, 1984, 130). Ellos, por lo tanto, aceptan la regla de reconocimiento por razones morales o, al menos, pretenden que así lo hacen.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a13

Referencias

Atienza, M. (2003). Entrevista a Ricardo Guibourg. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), 893-917.

Bayón, J. (2002). El contenido mínimo del positivismo jurídico. En V. Zapatero (comp.). *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel* (pp. 33-54). Alcalá de Henares: Publicaciones de la Universidad de Alcalá,

Bix, B. (2006). *Teoría del derecho: ambición y límites*. Madrid: Marcial Pons.

Bobbio, N. (2004). *El Problema del Positivismo Jurídico*. México: Fontamara.

Bouvier, H., et al (eds.) (2007). *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Bulygin, E. (2006). *El positivismo jurídico*. México: Fontamara.

Calsamiglia, A. (1998). Postpositivismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, *1*(21), 209-220.

Coleman, J. (1996). Authority and Reason. In R. George (ed.). *The Autonomy of Law* (pp. 287-319). Oxford: Clarendon Press.

Coleman, J. (1998). Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis. *Legal Theory*, *(4)*4, 381-425.

Coleman, J. (2001). *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.

Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia,* Barcelona: Gedisa.

Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Escudero, R. (2004). *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Civitas, Universidad Carlos III.

Gaido, P. (2010). El privilegio conceptual de los participantes en la teoría del derecho de Joseph Raz. *Isonomía*, (32), 149-164.

Gaido, P. (2011). *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Madrid: Marcial Pons.

González Vicén, F. (1961). Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo, *Anuario de Filosofía del Derecho*, *8,* 47-75.

Hart, H. L. A. (1998). *El Concepto de Derecho*. (Trad. G. Carrió) Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

Hart, H. L. A. (1980). El nuevo desafío al positivismo jurídico. *Sistema,* (36), 3-18.

Hart, H. L. A. (1994). *Postscript*, P. Bulloch y J. Raz (eds.), Oxford UniversityPress [Post Scriptum al Concepto de Derecho, P. Bulloch y J. Raz (eds.) (2000), trad. R.Tamayo y Salmorán. México: UNAM].

Himma, K. (2002). Inclusive Legal Positivism. En J. Coleman (ed.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy* (pp. 125-165). Oxford: Oxford UP.

Jiménez Cano, R. (2008). *Una metateoría del positivismo jurídico.* Madrid: Marcial Pons.

Kelsen, H. (1986). *Teoría Pura del Derecho* (trad. R. Vernengo). México: UNAM.

Kramer, M. (2004). *Where Law and Morality Meet,* Oxford-New York: Oxford University Press.

Leiter, B. (2011). The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism, *Oxford Journal of Legal Studies*, *31*(4), 663–677.

Losano, M. (1978). *Los grandes sistemas jurídicos*. Madrid: Debate.

Marmor, A. (2011). An Institutional Conception of Authority, *Philosophy & Public Affairs*, *39,* 238-262.

Moral Soriano, L. (2000). ¿Es el derecho tan normativo? La noción de autoridad de Joseph Raz en el razonamiento práctico jurídico. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (17), 337-357.

Moreso, J. J. (2002). El Defensa del Positivismo Jurídico Inclusivo. En Navarro y Redondo (comps.) *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (pp. 93-116). Barcelona: Gedisa.

Moreso, J. J. (2004). El positivismo jurídico y la aplicación del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (27), 45-62.

Moreso, J. J. (2012). La ciudadela de la moral en la corte de los juristas (Conferencia dictada en el Ciclo de Conferencias Carlos Santiago Nino, organizado por la Secretaría de Investigación - Facultad de Derecho – UBA). *Revista Pensar en Derecho*, (1), 291-305.

Nino, C. S. (2014). *Derecho, Moral y Política. Una revisión general de la teoría del derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Orunesu, C. (2007). Sobre la inconsistencia teórica del positivismo incluyente, *Análisis filosófico*, *27*(1), 23-46.

Paulson, S. (2011). The very idea of legal positivism. *Revista Brasileira de Estudos Políticos,* (102), 139-165.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a13

Plunkett, D. (2013). Legal Positivism and the Moral Aim Thesis, *Oxford Journal of Legal Studies, 33*(3), 563–605.

Raz, J. (2011). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. México: Ediciones Coyoacán.

Raz, J. (1985). Authority, Law and Morality, *The Monist*, *68*(3), 295-324.

Raz, J. (1970). *El Concepto de Sistema Jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. Tamayo y Salmorán, México: UNAM.

Raz, J. (1991). *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Raz, J. (1997). La intención en la interpretación. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (20), 199-233

Raz, J. (1996). Intention in interpretation. En R. P. George (ed.). *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (pp. 249-286). Oxford: Oxford University Press.

Raz, J. (1998). Two views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison. *Legal Teoría*, (4), 249-282.

Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa.

Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain: essays in the morality of law a politics*. Oxford: Clarendon Press.

Raz, J. (2006). El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (29), 141-175.

Raz, J. (2007). The Argument from Justice or How not to Reply to Legal Positivism. En G. Pavlakos (ed.) *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy* (pp. 17-35). Oxford: Hart Publishing.

Raz, J. (2013). *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Madrid: Marcial Pons.

Ródenas, Á. (2003). ¿Qué queda del positivismo jurídico? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), 417-448.

Ruiz Manero, J. (1991). Entrevista con Joseph Raz, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (9), 321-344.

Vilajosana, J. (2007). *Identificación y justificación del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Notas

[1] Por razones de extensión, pero también de pertinencia, dejamos fuera del esquema la tesis de los límites del derecho.

[2] Según su enfoque, en primer lugar, todas las decisiones judiciales se basan en consideraciones de moral política y la teoría del derecho es, ella misma, un ejercicio de teoría moral y política normativa (Dworkin, 1985; Dworkin, 1986). Raz (como todos los positivistas) admitirían sin inconvenientes la afirmación acerca de la incidencia de las consideraciones de moral política como base de la decisión judicial en los casos en que el derecho basado en fuentes sociales se encuentra indeterminado o en los casos en que ocurre el conflicto de normas o, en general, en los "casos difíciles". Si postular lo anterior para todos los casos "no significa que cada vez que los jueces aplican una ley consideren y renueven su fe en la democracia representativa, o en alguna otra doctrina de moral política de la cual se desprenda que deben aplicar tales leyes" y "simplemente significa que se presentan a sí mismos como personas que creen en la existencia de tal doctrina", lo que resulta es que las sentencias representan decisiones morales en la medida que expresan una posición moral (Raz, 2001, 241), con lo cual Raz no tiene discrepancias. En segundo lugar, en la concepción del derecho como integridad los jueces tienen el deber (o responsabilidad profesional o institucional) de aplicar las normas que surgen de las fuentes jurídicas del país y, en caso de indeterminación o conflicto, de resolver guiados por los mejores principios de la moral política que constituye el fundamento del derecho de la comunidad y que permiten interpretar la historia jurídica del

país expresando "un solo esquema coherente de justicia y equidad en la proporción correcta" (Dworkin, 1986, 160). Es decir, las decisiones judiciales deben proporcionar la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad. El principio adjudicativo del derecho como integridad le exige a los jueces que identifiquen los derechos y deberes a partir de la creencia de que fueron establecidos por un mismo autor o una misma persona moral (la comunidad personificada) que expresa una correcta concepción de justicia y equidad (Dworkin, 1986, 164).

[3] De acuerdo a las versiones incorporacionistas, o inclusivas del positivismo jurídico, la incorporación de la moral al derecho es contingente y, por tanto, la tesis de la separación entre derecho y moral es presentada como una tesis empírica. Cuando las disposiciones normativas incorporan conceptos o consideraciones morales, la identificación del derecho debe hacerse recurriendo a esos conceptos y consideraciones; por lo cual, en la actividad de adjudicación, los jueces aplican el derecho identificado recurriendo a criterios morales y el razonamiento judicial deviene en razonamiento genuinamente moral (Moreso, 2012).

[4] La afirmación del positivismo excluyente consiste en sostener que la existencia y el contenido del derecho depende exclusivamente de hechos sociales, esto es, de si la fuente se encuentra en la legislación, el precedente ola costumbre; no de su corrección moral. Por tanto, una vez establecidos los hechos sociales apropiados nos encontramos ante los límites del derecho existente (Coleman, 1996; Orunesu, 2007). Podría ocurrir que sea el propio derecho el que autorice a los jueces a fundar una decisión en una pauta moral, es decir, en un elemento extrajurídico; con lo cual los estaría autorizando a ir más allá de los límites del derecho en la búsqueda de las razones para decidir.

[5] La versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales es una tesis conceptual, a diferencia de lo señalado en la nota 4. Uno de los rasgos esenciales del derecho es la pretensión de autoridad, lo cual implica suministrar a los destinatarios razones que desplacen el balance de razones. Si la referencia a conceptos morales en la formulación de las disposiciones normativas fuese entendida como una incorporación de pautas morales por el derecho, entonces éste no podría pretender autoridad, en la medida que esas pautas son válidas para sus destinatarios independientemente de lo que establezca la autoridad (Moreso, 2012).

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a13

[6] Kramer (2004, 3) sitúa el nacimiento de ambas como reacción a las críticas formuladas por Dworkin al positivismo de Hart. Jiménez (2008, 189), por el contrario, concuerda con la afirmación de Kramer solamente en relación al positivismo jurídico incluyente, pero no con relación al positivismo jurídico excluyente, cuyas tesis centrales son previas al debate Hart-Dworkin. Lo que en todo caso es posterior a éste, sostiene Jiménez, es el calificativo de "excluyente" o "exclusivo". Por otro lado, Escudero entiende que bajo la expresión "positivismo jurídico" hay lugar para la pretensión de que la moral pueda determinar la existencia y el contenido del derecho, sin necesidad de hacerle al positivismo ningún tipo de corrección (2004, 206).

[7] La pregunta que se sigue de la afirmación incluyente acerca de que es conceptualmente posible que la moral forme parte de los criterios de validez jurídica es: ¿a qué moral se hace referencia? Si se tienen en cuenta la moral individual, social, concertada y objetiva; la única que no puede ser reconducida a hechos y, por tanto, quedar fuera de la tesis de las fuentes sociales en sentido fuerte es la moral objetiva, con lo cual se agrega a la tarea de identificar el derecho los problemas asociados al cognoscitivismo moral. Evidentemente, esta circunstancia impide la compatibilidad del denominado positivismo incluyente con los compromisos metodológicos del positivismo como teoría del derecho.

[8] Guibourg recuerda la posibilidad de sostener que hay una obligación moral "en principio" de obedecer el derecho; "pero esta no es una afirmación que integre el sistema de pensamiento del positivismo metodológico: es una afirmación que puede integrar el sistema de pensamiento moral de algunos positivistas metodológicos, tal como integra el de muchos iusnaturalistas. De hecho, se observan numerosos acuerdos de actitud moral entre positivistas e iusnaturalistas, porque la divergencia entre ambos enfoques (…) no es moral sino epistemológica" (Atienza, 2003, 899). De este modo, quien considere que la calificación de una norma como jurídica es una razón para obedecerla lo hace desde un punto de vista moral; y, *"a menos que se trate de lo que Bobbio llamaría un positivista ideológico (es decir un iusnaturalista del poder político), es casi seguro que impone límites (siempre morales, acaso matizados con otros prudenciales) a aquella supuesta obligación de acatamiento"* (Atienza, 2003, 899).

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a13

[9] La denominada tesis de la aspiración moral del derecho (*moral aimthesis*) –propuesta por Shapiro (2011)– para hacer referencia a la naturaleza del derecho, es similar (sin perjuicio de sus diferentes características) a la pretensión de autoridad legítima propuesta por Raz. En efecto, Shapiro no sostiene que los ordenamientos jurídicos alcancen usualmente a cumplir con tal aspiración moral, sino que está históricamente demostrado que el derecho a menudo falla en el cumplimiento de ese objetivo primario. Lo que hace al derecho es que posee ese objetivo o esa aspiración moral (se trata de una propiedad esencial del derecho), no que la satisface (Shapiro, 2011, 212; Plunkett, 2013, 564). En el mismo sentido, para Raz es la pretensión de autoridad legítima lo que constituye el centro de la naturaleza del derecho, lo cual no implica que –efectivamente– los ordenamientos jurídicos concretos posean autoridad legítima (Raz, 2003b; Raz, 2007).

[10] Bayón entiende que en esa afirmación (identificada con una de las formulaciones tradicionales de la tesis de la separación) subyacen dos tesis independientes, que a su vez se relacionan de un modo diferente con la tesis de las fuentes sociales. A la primera la denomina "tesis de la no conexión identificatoria entre el derecho y la moral" (esto es, aludiendo a la idea de que "nada es derecho simplemente porque sea justo o que nada deja de ser derecho simplemente porque sea injusto") y sería equivalente a decir que la tesis de las fuentes sociales (en su versión fuerte) implica lógicamente la tesis de la no conexión identificatoria, "porque si se asume de entrada que la existencia y el contenido del derecho están determinados exclusivamente por hechos sociales complejos, entonces, por definición, su identificación no depende de ninguna otra cosa (y por tanto no depende de ninguna clase de evaluación ni argumentación moral)" (Bayón, 2002, 8). Por eso, como dice Raz, la idea de no confundir el derecho que es y el derecho que debería ser evita confusiones al separar nítidamente la descripción del derecho de su evaluación, pero no aporta una razón en favor de la aceptación de la tesis social, sino que, por el contrario, la presupone (Raz, 1982, 62). A la segunda tesis conectada con esa afirmación, Bayón la denomina "tesis del valor moral contingente del derecho" que –a diferencia de la tesis de la no conexión identificatoria– no es una implicación de la tesis social, lo cual supone que "no habría contradicción alguna en aceptar ésta y sostener al mismo tiempo que todo derecho posee necesariamente valor moral (aunque sea un valor moral no absoluto o concluyente, sino meramente prima facie)" (Bayón, 2002, 9).

[11] Guibourg (Atienza, 2003), al ilustrar la diferente conformación de las fron-

teras de la teoría del derecho según la correspondiente demarcación del objeto de estudio, enumera tres posibilidades que se constatan históricamente: a) si el derecho es entendido como un sistema normativo, la teoría del derecho se ocupará de reflexionar acerca de la estructura del sistema (lo cual incluiría su base lógica, sus instituciones o conceptos jurídicos fundamentales, el análisis de los mecanismos que determinan la unidad o la pluralidad de los sistemas, la creación y eliminación de normas, el fenómeno de la competencia, por ejemplo); b) si el derecho es entendido como un sistema de valores, la teoría del derecho será una teoría ética, o al menos una propuesta moral; c) si el derecho consiste en un estado de cosas que tienen lugar en la esfera social, la teoría del derecho será una teoría sociológica, o bien una teoría política. Agrega Guibourg que tomar partido por el primero de los enfoques (es decir, postular que la teoría del derecho se limita al análisis del derecho positivo) no implica que "hayamos de ser moralmente indiferentes, ni que sea moralmente obligatorio acatar cualquier arbitrariedad del gobernante de turno, [ni] quiere decir (…) que el jurista deba cerrar los ojos ante la ineficacia de las normas, ni ante la ceguera de los legisladores respecto de las necesidades sociales, ni ante el papel ideológico que el lenguaje jurídico desempeña a favor de quienes ejercen el poder de hecho, para calmar o desactivar las eventuales rebeldías o para justificar su represión" (Atienza, 2003, 897-898). Implica que, si bien todas esas reflexiones puedan ser ejercidas por una misma persona, *"no pueden ejercerse a partir de los mismos métodos ni en el marco de una misma disciplina, especialmente si ella se pretende científica y sujeta a alguna clase de teoría o filosofía"* (Atienza 2003: 897). En definitiva, afirma que "los conflictos internos que asuelan la teoría del derecho (y con más fuerza si el ámbito se amplía a la filosofía del derecho) son siempre los mismos: hay ejércitos de ideas que nacen en las actitudes valorativas y luchan por el predominio en el pensamiento jurídico (lo que incluye la conquista de ese preciado baluarte emotivo que es el lenguaje del derecho)" (Atienza, 2003, 898).

[12] Lo mismo puede decirse de la defensa del Estado de derecho como ideal regulativo (o como doctrina política orientadora). Es decir, desde un punto de vista jurídico acotado, dicho modelo consiste en un conjunto de principios cuya enumeración no resulta problemática, como el principio de legalidad, la publicidad del derecho, la irretroactividad de la ley, el debido proceso legal, la independencia judicial, entre otros (Raz, 2001, 395). Sin embargo, apenas se consideran los presupuestos institucionales y éticos de tales principios, la

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a13

cuestión se vuelve controvertida, tal que tanto su significación política como su justificación moral pueden variar en las diferentes sociedades. Sostiene Raz que el Estado de derecho no constituye un imperativo moral universal (2001, 395), en tanto que –como otras doctrinas políticas– "puede tener distintos significados y justificaciones morales en distintos países, precisamente debido a que varía en cuanto a sus detalles, y a que prospera en una variedad de entornos políticos y culturales" (2001, 375). En ese sentido, hace referencia al valor del Estado de derecho en sociedades democráticas y pluralistas para asegurar "un delicado equilibrio entre el poder de la legislatura democrática y la fuerza basada en la tradición" (2001, 403), tal que las virtudes destacables del modelo serían "la justicia burocrática (la protección del individuo en un espacio social anónimo) y la continuidad democrática" (2001, 404). Dichas virtudes son alcanzables en el marco de un entorno democrático y una cultura de legalidad, que cuenten con una tradición de independencia judicial, una profesión jurídica fuerte, una función pública independiente que sea leal al derecho y una fuerza policial que no sea corrupta (2001, 404). A la luz de dichas exigencias, es obvio que no se trata de "un ideal que pueda asegurarse con la sanción de unas cuantas leyes. Tampoco se trata de un ideal libre de toda mancha. Acarrea los problemas de la denegación del acceso efectivo a los tribunales, y de la alienación con respecto al derecho. La conciencia de su existencia debe disciplinarnos, debemos hacer lo posible para minimizarlas, y ser modestos en nuestro orgullo con respecto al Estado de derecho" (Raz, 2001, 404).

[13] Un análisis pormenorizado acerca de las diferentes interpretaciones de la tesis de la separación, puede verse en Bayón (2002b), que realiza un interesante abordaje de algunas confusiones metodológicas generadas a partir de la afirmación de que "el contenido del positivismo metodológico se resume en la tesis de la separación conceptual (o de la "no conexión necesaria") entre el derecho y la moral y se sostiene que su aceptación o rechazo marca una divisoria nítida entre positivistas y no positivistas" (2002b, 2). La insistencia en manejar la tesis de la separación como si expresara una idea unitaria o como si tuviese una interpretación unívoca, "está produciendo una enojosa y sistemática ofuscación en la teoría del derecho" (Bayón, 2002b, 3). En el mismo sentido, que la afirmación de la conexión necesaria entre derecho y moral puede hacer referencia a cuestiones diversas ha sido sostenido, entre otros, por Nino (2014), Waluchow (1998), Calsamiglia (1998) y Bayón (1991).

[14] Como modo de acercarse al estudio del derecho, señala Bobbio, "el positivismo jurídico está caracterizado por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, utilizando otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo" (1965, 41).

[15] Que sea el producto de un determinado procedimiento, que sea dictada por ciertos órganos, que sea efectivamente obedecida o aplicada.

[16] Leiter –sin perjuicio de que su perspectiva recupera las corrientes realistas en la teoría del derecho y, por ende, su escepticismo– entiende que dos cuestiones son las que determinan que para autores como Kelsen, Hart y Raz sea necesario centrarse en la distinción entre derecho y moral como un problema de demarcación. En primer lugar, el hecho de que una norma sea jurídicamente válida no implica que sea moralmente obligatoria (o moralmente atractiva). En segundo lugar, el hecho de que una decisión tomada por un operador jurídico pueda ser moralmente atractiva no implica que sea jurídicamente obligatoria (Leiter, 2011, 670).

[17] Dejamos anotado que estas tesis aparecen en diferentes textos de la obra de Raz con distintas denominaciones. En el texto sobre autoridad, moral y derecho (Raz, 1985, traducido al español en Raz, 2001) hace referencia a las tres tesis del siguiente modo: *the dependence thesis, the normal justification thesis, the preemtion thesis* (Raz, 1985, 299) traducidas como tesis de la dependencia, tesis de la justificación normal y tesis de la exclusividad. Específicamente acerca del término *preemtion*, en la traducción del texto sobre la autoridad de Shapiro (2013, 31) se escoge "prevalencia". Esta opción supone que en algunos textos se hace referencia a "razones excluyentes" y en otros a "razones prevalentes". En otras oportunidades (Raz, 2006; Raz, 2013) las tesis son presentadas como la tesis de la justificación normal, la tesis de la independencia y la tesis del reemplazo. Emplearemos esta última denominación por tratarse de la que se encuentra en los textos más recientes.

[18] A este ideal de certeza pueden reconducirse algunas posiciones contrarias a la incorporación de la moralidad en el derecho, en tanto asumen que si el derecho emplea predicados morales o conceptos valorativos, los comporta-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a13

mientos obligados o prohibidos quedarán indeterminados. En ese sentido, la reducción del margen de discrecionalidad de los jueces o, en otras palabras, reducir el ámbito del desacuerdo y la discrepancia es el objetivo de diferentes posiciones contrarias a las tesis incorporacionistas.

[19] La atribución de un valor positivo al derecho positivo se presenta por dos vías argumentales: a) el derecho positivo, por el hecho de ser tal (es decir, por emanar de una voluntad dominante), es justo; b) el derecho, como conjunto de normas impuestas por quien monopoliza la fuerza, sirve con su mera existencia (e independientemente del valor moral de su contenido) a la obtención de ciertos fines colectivos deseables, cuales son el orden, la paz, la certeza y la justicia legal (Bobbio, 1965, 47). En ambos casos, la consecuencia es que las normas jurídicas deben ser obedecidas en cuanto tales, tal que, la obediencia al derecho es un deber moral (en el sentido, de obligación interna), debido por respeto a la ley y no una obligación externa o por temor a la sanción. De todas maneras, en la argumentación a) hay una adhesión al contenido del derecho cuya obediencia se afirma y, en la argumentación b) la adhesión al contenido es indiferente, en la medida que a lo que se considera valioso es al derecho como institución social adecuada para alcanzar ciertos fines. En este segundo caso, el deber de obediencia no impide la posibilidad de crítica ético-política a los contenidos del derecho. Resulta interesante –si bien no nos ocuparemos especialmente de ello– explorar si algunas afirmaciones de Raz acerca de la obediencia y la crítica moral al derecho son compatibles con esta versión moderada de positivismo ideológico. Por ejemplo, Raz entiende que las directivas autoritativas pueden ser moralmente vinculantes sin perjuicio de que sean moralmente defectuosas, ya que desde la perspectiva de los participantes, de su aceptación de la autoridad como legítima se sigue la normatividad del derecho. Por tanto, para el destinatario (el juez) toda directiva cuyo origen se encuentra en una fuente que es aceptada como autoridad legítima es una norma válida y debe ser obedecida y aplicada, lo que no excluye la facultad de los participantes para criticar moralmente el contenido de las directivas (Gaido, 2011, 120-121; Raz, 2001, 378). Por otro lado, el derecho como institución social contribuye al mantenimiento de la organización social en la medida que pretende proporcionar un marco para la conducción de todos los aspectos de la vida social (Raz, 1991, 179-194), con lo cual tiene algún mérito moral. En ese sentido*, "siempre se tiene una razón prima facie para obedecer el derecho porque allí donde éste existe contribuye al mantenimiento del orden social existente"* (Raz, 1991, 194-195).

Doctrina

Ana María Bonet de Viola[1]

La propiedad intelectual como sistema asignativo moderno. Una genealogía crítica de las normas vigentes de acceso al conocimiento

Intellectual Property as a Modern Allocative System
A Critical Genealogy of the Current Rules of Access to Knowledge

Propriedade intelectual como um moderno sistema de alocação
Uma genealogia crítica das regras atuais de acesso ao conhecimento

Resumen: *La presente investigación ofrece una genealogía del sistema de propiedad intelectual, haciendo hincapié en su carácter contingente y en la necesidad de su adaptación a las demandas sociales relativas al acceso a las tecnologías que sirven para el desarrollo social. En este sentido se destaca el potencial democratizador del sistema de regulación del acceso a los conocimientos y tecnologías, en cuanto su lógica funcional al acceso puede contribuir a superar la dinámica de la exclusión que predomina en el sistema privativo del dominio propietario moderno.*

Palabras clave: *Teoría de los bienes, Bienes comunes, Bienes públicos, Bienes privados, Sistema privativo, Normas de acceso.*

Abstract: *This research offers a genealogy of the intellectual property system, emphasizing its contingent nature and its need of adaptation to social demands which are related to technologies access to, and therefore, that serve them to social development. Accordingly, the democratizing potential of the regulation system to access to knowledge and technologies is highlighted since its functional logic to access can contribute to overcome the functional logic of exclusion dynamics that prevail in proprietary private system of modern property domain.*

Universidad Católica de Santa Fe – CONICET.
Orcid ID: https://orcid.org/0000-0002-9991-5475.
anamaria.bonetdeviola@gmail.com - abonet@ucsf.edu.ar

Keywords: *Theory of goods, Common goods, Public goods, Private goods, Private system, Rules of access.*

Resumo: *Este trabalho apresenta uma genealogia do sistema de propriedade intelectual, enfatizando na sua natureza conjuntural e a necessidade de sua adaptação às demandas sociais relacionadas ao acesso às tecnologias para o desenvolvimento social. Nesse sentido, destaca-se o potencial democratizante do sistema de regulação do acesso a conhecimentos e tecnologias, uma vez que sua lógica funcional ao acesso pode contribuir para a superação da dinâmica da exclusão que predomina no sistema privativo do domínio proprietário moderno.*

Palavras-chave: *Teoria de bens, bens comuns, bens públicos, bens privados, sistema privado, regras de acesso.*

Recibido: 20180501
Aceptado: 20180529

Introducción

Aunque puedan detectarse antecedentes de la protección comercial del conocimiento ya en la Edad Media[2], ésta tuvo un vertiginoso desarrollo en los últimos treinta años. Este trabajo presenta una genealogía de ese proceso de desarrollo, con la intención de detectar algunas coyunturas que contribuyeron a la actual concentración del poder sobre el conocimiento.

Metodológicamente se utiliza la categoría de *genealogía*, como forma de analizar la conformación dispersa, discontinua y regular de los discursos (Foucault, 1971, 67), ya que ésta permite enfatizar justamente, que el presente es un resultado, bastante arbitrario, de contingencias pasadas (O'Malley, 2006, 22). La genealogía hace referencia a una selección –incluso algo arbitraria– de ciertos factores considerados como más significantes en la conformación del fenómeno en cuestión –en este caso la propiedad intelectual–, incluso renunciando a la explicación de otros factores que influyeran en el desarrollo de tal fenómeno. En este sentido una genealogía no pretende lograr un desarrollo objetivo, una recopilación cronológica de hechos históricos, sucesivamente ordenados, sino que considera los procesos históricos como complejos entramados de factores. Se trata justamente de tirar de manera consciente –tal vez algo arbitraria– de algunos hilos que conforman este entramado, para desenmarañarlos, deconstruyendo los postulados que estos tramaron.

En el siglo XIX fueron desarrolladas diferentes teorías de justificación del derecho sobre los bienes inmateriales, y particularmente sobre la propiedad intelectual[3]. Este trabajo parte de la hipótesis de que la pertenencia del sistema de propiedad intelectual al modelo de la economía de mercado implica una determinada representación de la gestión de los recursos y el intercambio de bienes, orientada a la explotación, la acumulación y el consumo. Ello pone de relieve la coyunturalidad de este sistema, es decir su carácter accidental, abriendo el debate sobre su capacidad de dar respuesta a las problemáticas sociales vigentes, relacionadas con el acceso al conocimiento[4].

La necesidad de recalcar este carácter accidental surge justamente a partir de la constatación de la naturalización de este sistema como forma de gestión del conocimiento y por lo tanto del desvanecimiento de tal carácter coyuntural. A ello contribuyó la lógica racionalista moderna que, a partir del postulado de una razón única y universal como fundamento legal, procuró fijar su esquema de socialidad geográfica y temporalmente, naturalizando la economía de mercado y el orden jurídico moderno que funciona como su garantía (Mattei, 2013, 18-19, 63).

Sin embargo, la proliferación de alternativas al sistema privativo de gestión del conocimiento, como iniciativas *Open Access*[5] o *Wikipedia*[6], así como el surgimiento de movimientos sociales y ciudadanos, que promueven el acceso libre a la información y el conocimiento, puso en crisis este sistema (Haedicke, 2011, 1 ss.).

Para deconstruir estos *naturalismos jurídicos modernos*, se retoman en este trabajo las corrientes que comprenden el derecho no como una realidad fija y dada, sino como una *praxis* humana que, aunque se cristalice históricamente en *instituciones normativas coactivas o sancionables*, no pierde su carácter de *práctica* cultural –similar al lenguaje–, que se construye y aplica humanamente –según intereses y circunstancias–, que cobra vida a través de la necesaria e inevitable interpretación que de él ofrecen las comunidades humanas en constante transformación (Mattei, 2013, 70; Ciaramelli, 2009, 11)[7].

La economía de mercado y la proliferación de las mercancías

El acelerado desarrollo del sistema de propiedad intelectual en los últimos tiempos coincide con la expansión global y mercantilizadora del sistema capitalista. Se trata de una expansión en dos sentidos, pues no sólo ocurre geográficamente, sino que implica una proliferación cuantitativa de los objetos susceptibles de ser incorporados al mercado. El Acuerdo sobre los Aspectos De la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)[8] de la Organización Mundial del Comercio (OMC) es el principal reflejo de esta coincidencia. En efecto, este tratado funciona tanto como instrumento de expansión global del sistema de propiedad intelectual de los países industriales, como instrumento de mercantilización de nuevos objetos como el conocimiento o los recursos genéticos, al obligar a todos los países miembros de la OMC a asegurar *estándares mínimos de protección comercial*, incluso

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

en áreas controversiales como la biotecnología (Correa, 2000, 2, 8 y 102-103; Rott, 2002, 211; Rapela, 2000, 86; Leskien y Flitner, 1997, 7.), que pueden afectar el acceso a recursos y tecnologías fundamentales como los alimentos o los medicamentos (Bonet de Viola, 2016; Seiler, 2000, 15).

Este efecto mercantilizador se focaliza en el artículo 27 inciso 1 del Acuerdo ADPIC, que impone un *principio de no discriminación* de tecnologías en materia de patentes, disponiendo el establecimiento de sistemas de patentes en todas las áreas de la tecnología, incluso en ámbitos de la biotecnología como los microorganismos y los procesos microbiológicos. El principio es flexibilizado al permitir la exclusión en virtud del orden público, la salud o la vida de las personas (inc. 2), así como de métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos, y de animales y plantas, aunque en este caso debe asegurarse un sistema eficaz de protección de las obtenciones vegetales (inc. 3)[9]. Si bien en los países industriales ya se encontraban vigentes estos estándares, esta disposición implicó la modificación de las legislaciones de muchos países periféricos, sobre todo en materia de patentamiento de microorganismos y de protección de las obtenciones vegetales (Bonet de Viola, 2017a, 6).

La economía de mercado funciona a través de una modalidad expansiva, en cuanto que, para mantener su dinámica interna, requiere del constante e incesante aumento de mercancías, es decir, de la proliferación cuantitativa de objetos –materiales o inmateriales–, que sirvan como objeto del intercambio económico (Correa, 2000, 3; Haedicke, 2012, 3; Wielsch, 2008, 20). Es por ello, que el crecimiento en la economía de mercado depende cada vez más de la innovación, pues ésta genera nuevos productos susceptibles de ser vendidos en el mercado (Ayres, 1986, 5; Cabanellas 2004, 14; Schneider, 2010, 123; Biedenkopf, 2008, 25; Crouch, 2008, 103).

La consolidación de la economía de mercado implicó un proceso expansivo de mercantilización. Al intercambio de mercancías, es decir de cosas producidas especialmente para el intercambio económico, se sumó progresivamente el intercambio de tierras, trabajo, dinero y finalmente también del conocimiento (Collart Dutilleul, 2011, 1)[10], lo cual condujo de hecho a su transformación en mercancía, a su mercantilización. A ello contribuyó la expansión de un sistema privativo de acceso a los recursos, puesto que la propiedad privada es un presupuesto del intercambio económico y por lo tanto

de la producción de las mercancías (Sebald, 2008, 217). Por eso el proceso de mercantilización implicó un proceso de privatización de los bienes comunes, como entonces la tierra o el conocimiento, para dar lugar al surgimiento de nuevas mercancías (Mattei, 2013, 19).

La transformación de la tierra en una mercancía comenzó en Inglaterra a través del movimiento de los *enclosures*[11]. Ése fue el origen de la propiedad moderna, pero también de la economía de mercado (Rifkin, 2000, 53). Con ello empezó a su vez el proceso de mercantilización, hasta la consolidación de la representación de que "todo bajo el sol es apropiable"[12]. No sólo las cosas son vendidas en el mercado, sino a su vez el trabajo (prestaciones de servicios), el dinero (productos financieros), y también el conocimiento (Polanyi, 1977, 94)[13]. Así como el suelo en Inglaterra en el siglo XIII, el trabajo a través de la proletarización y el dinero a través del mercado financiero, el conocimiento es convertido en mercancía a través del sistema de propiedad intelectual (Boyle, 2003, 37; Hesse, 2002, 30). Todo lo que se encuentra "bajo el sol" puede ser apropiado y vendido en el mercado. En la cultura del capitalismo incluso las experiencias humanas se mercantilizan, en cuanto las relaciones comerciales afectan cada vez más aspectos de la vida humana, lo cual se pone de manifiesto de manera particular en la mercantilización del tiempo libre (Rifkin, 2000, 63).

Estos procesos originarios de mercantilización, y particularmente el proceso de apropiación de la tierra, generaron profundas transformaciones sociales, por las cuales los campesinos, que vivían en la pobreza –pero no en la miseria–, teniendo lo necesario para vivir, se vieron de pronto incluso privados de ello. Pues en el sistema feudal podían servirse de los frutos de la tierra y gozaban a su vez de la protección del señor feudal (Neeson, 1993, 21). La economía de mercado, en nombre de la liberación del dominio feudal, estableció un nuevo sistema de dominio, organizado ya no según relaciones basadas en el estatus y la existencia de deberes frente al grupo, sino según el contrato y la preponderancia de los derechos individuales frente al grupo (Mattei, 2013, 44-46). Este nuevo sistema de organización social, también basado en el dominio –aunque esta vez de los propietarios– implicó a su vez una nueva pobreza, una nueva dependencia, que se instituyó con la exclusión del sistema económico, del dominio y del acceso a los recursos, incluso a los más fundamentales. Así como la mercantilización de la tierra y el trabajo generó un empobrecimiento de los trabajadores, la mercantilización del dinero

y del conocimiento agudizó la situación de riesgo de los más vulnerables (Shiva, 2006, 37).

Los desarrollos tecnológicos de la modernidad surgieron junto con el encanto del progreso, que implicó innumerables chances de mejora de la calidad de vida, lo cual pudo experimentarse a lo largo de los años. Sin embargo, aquellos que no pudieron y no pueden adecuarse a la economía de mercado quedan excluidos de tales beneficios (Shiva, 2006, 3). La economía de mercado introdujo de a poco una determinada representación de las cosas, del trabajo y de la vida. Lo necesario se expandió de tal manera, que las horas del día no alcanzan ya para cubrir las nuevas necesidades. El mito del progreso se expandió junto con el modelo de desarrollo capitalista, orientado a la acumulación, la explotación y el consumo, implicando necesariamente derroche y descarte.

Sin embargo, ya desde la década del setenta del siglo XX comenzaron a aparecer críticas a este modelo de producción y consumo. Concretamente, en 1972, el Club de Roma, un grupo internacional y multidisciplinario de expertos, publicó un informe de gran repercusión titulado "Los límites del crecimiento", en el que se planteaba la advertencia acerca de un posible colapso mundial en un futuro no muy lejano, a causa de la confluencia de límites demográficos, geográficos, energéticos y respecto de la gestión de los recursos en este modelo (Meadows et. al., 1973, 1992, 2002). Más allá de las críticas que recibió, sobre todo por parte de entusiastas de la ciencia, este informe abrió la discusión sobre las virtudes del modelo de desarrollo vigente (Friedmann, 2006) y su sistema privatista de gestión de los recursos –incluido el conocimiento–.

La sociedad del conocimiento y la transformación del conocimiento en mercancía

A la transformación del conocimiento en una mercancía contribuyó el surgimiento de la llamada *sociedad del conocimiento* (Godt, 2007, 243; Díaz/Codner, 2009, 1). La ilustración y el iluminismo contribuyeron a la gestación de las ciencias modernas y al aumento de la producción sistematizada de conocimientos.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

Si bien ya en la Antigüedad la existencia de honorarios puede identificarse como un reconocimiento temprano del valor del conocimiento, recién en la Alta Edad Media comienza, con el origen de las universidades europeas, la producción sistemática del conocimiento, que dio lugar a la ciencia moderna y con ello a la preocupación por la rentabilidad de la actividad intelectual e inventiva. En el Medioevo el estudio era reservado a los monjes, que eran casi los únicos que sabían leer. Las pocas bibliotecas de entonces tenían sede en los monasterios, que custodiaban los documentos y el saber de los antiguos. Una protección –jurídico-comercial– de las creaciones intelectuales no se conoce ni en la Antigüedad ni en el Medioevo.

La ciencia moderna surge con el Renacimiento de la antigüedad clásica y su influencia cultural e intelectual, así como con la instauración del *método científico* como esquema de validación del conocimiento: un procedimiento predeterminado de aproximación al mundo basado en los postulados iluministas de una razón universal capaz de "conocer" una realidad predeterminada y considerada "objetiva", a partir de criterios racionalistas supuestamente universalizables y perdurables. Las ciencias modernas suscitaron una sensación de capacidad de explicar cualquier realidad y resolver cualquier problema humano a través suyo, lo cual generó una representación de progreso infinito.

Esta confianza en la actividad científica, junto con la fundación de las primeras universidades europeas en el siglo XIII, dio lugar a un aumento de la población dedicada al trabajo intelectual. Con ello comenzó un proceso de profesionalización de la actividad intelectual y creativa, que dio un fuerte impulso a la ciencia y el arte y generó un importante aumento de la sistematización de conocimientos y teorías.

Estos avances teóricos que posibilitaron un abultado desarrollo tecnológico, simplificaron de diversas maneras la vida cotidiana humana produciendo más bienestar y generando a su vez un proceso de valorización del conocimiento y la tecnología, que los transformó en objetos preciados y así también, en factores de poder (van Dülmen/Rauschenbach, 2004, 1; Hahn, 2004, 120; Liebig, 2007, 20-21; Rifkin, 2000, 4). Esta valorización del conocimiento y de las tecnologías dio lugar a las primeras patentes conocidas, otorgadas en Venecia, a partir de 1474 y a los primeros monopolios para inventores establecidos en Gran Bretaña a partir de 1623 (Bosshart, 2012, 5; Barton, 2004, 60; Godt, 2007, 147, 183; Haugen, 2007, 32).

El aumento de la producción de conocimiento y tecnologías tornó necesario encontrar un método para la difusión de estos avances. La extendida y ardua dedicación que implicaba la copia manual de los libros en los monasterios medievales, correspondiente con los amplios niveles de analfabetismo de la época, ya no satisfacía los niveles modernos de producción académica. La invención de la imprenta por Johannes Gutenberg en Europa en el siglo XV (en realidad existían ya sistemas de estampado en China y Corea) significó un hito en el proceso de masificación del conocimiento (Burke, 2002, p, 173), pues la rápida multiplicación de escritos, junto con la expansión de la alfabetización puso al alcance de la población conocimientos antes reservados para selectas minorías (Busaniche, 2007, 4; Löhr, 2010, 38; van Caenegem, 2002, 327; Rifkin, 2000, 126-127).

Junto con este poder expansivo del conocimiento surgieron sin embargo también pretensiones de recupero de las inversiones hechas en estos procesos, lo cual dio lugar a las primeras normas de protección comercial de las inversiones en materia de propiedad intelectual (Schneider, 2006, 38; Haedicke, 2012, 13; Krings, 2008, 72; Sebald, 2008, 220). Así, a través del Estatuto de la Reina Anna de Gran Bretaña, del año 1710, obtuvieron los libreros un derecho de monopolio, limitado en el tiempo, sobre las obras impresas (Cornish, 1993, 58; Busaniche, 2007, 5; Löhr, 2010, 39; Chapman, 2001, 7); aunque algunos autores advierten que esa limitación temporal funcionó como un límite a los libreros en beneficio de los autores (Hesse, 2002, 37).

El surgimiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, que simplificaron la transmisión del conocimiento, vino a culminar esta primera etapa de la transmisión impresa a través de la aparición de diskettes, CDs, DVDs y del internet, permitiendo una expansión global y acelerada de los conocimientos (Bosshart, 2012, 1; Löhr, 2010, 15; Sebald, 2008, 13).

El aumento de las tecnologías de transmisión del conocimiento, sumado a la valorización del conocimiento a través de la educación, la ciencia y la academia y el desarrollo de los medios de comunicación, dieron lugar a la llamada *sociedad del conocimiento*, es decir a una sociedad en la que el conocimiento tiene un rol central (van Dülmen/Rauschenbach, 2004, 1; Heidenreich, 2002, p.1). Esta centralidad –tanto social como económica– del conocimiento, impulsó su transformación en mercancía (Barton, 2004, 43) y su valoración como condición del crecimiento económico (Schenek, 1995, 43).

Esta revalorización comercial promovió el aumento de la producción del conocimiento, a través de su "industrialización" –en laboratorios pero también en el sistema académico–. Ello fue incentivado jurídicamente por el sistema de propiedad intelectual, que propició el desplazamiento de los bienes materiales por los inmateriales como motores de la producción de riqueza (Schneider, 2010, 110). Esto generó que la producción del conocimiento se oriente cada vez más al mercado y se estreche la relación entre empresas y universidades, consolidándose un sistema de privatización de la investigación (Godt, 2007, 145).

La privatización de la investigación implicó a su vez un proceso de transformación del conocimiento y la tecnología en bienes apropiables. El conocimiento, es un bien no exclusivo ni rival, sino más bien accesible y abierto, y eso limita su introducción al mercado, que precisa de bienes escasos y exclusivos para el intercambio. Por eso surgió el sistema de propiedad intelectual, para limitar el acceso al conocimiento de manera artificial, con el objetivo de convertirlo en un valor económico, que habilite su intercambio y su control en el mercado. Ello generó a su vez una limitación de su accesibilidad –de su *generosidad* (Helfrich, 2009, 7)– inherente. De esta manera surgió la propiedad intelectual: para limitar el acceso al conocimiento con el fin de posibilitar la obtención de ganancias (Wielsch, 2008, 13).

En efecto, en relación con los bienes materiales, es decir con las cosas, la propiedad –que significa exclusividad–, es justificada a partir de su carácter rival, pues éstos a causa de su escasez no pueden ser poseídos por muchos individuos simultáneamente. Ello se evidencia particularmente en los bienes consumibles. En cambio, en el caso de bienes no consumibles la exclusividad no tiene relación con la escasez "intrínseca a la cosa" sino, tal vez con la protección de un cierto espacio de intimidad o, como en el caso de la protección comercial, con una escasez generada para producir ganancia. En efecto, aunque dos personas no pueden ponerse simultáneamente una camisa, nada impide que la compartan de manera alternada o sucesiva (de hecho es común la práctica de pasarse la ropa tanto gratuitamente como onerosamente en los mercados de pulgas). Así también los *commons* o bienes comunes –espacios o bienes comunes (como parcelas para cultivo, bosques, lagos, ríos) destinados al uso y goce comunitario– son ejemplos de bienes materiales de uso común, no exclusivo. Los bienes inmateriales en cambio no son excluyentes, pues varias personas pueden gozar de ellos de manera total y simultánea sin

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

que se vean menoscabados. Incluso su compartir significa a menudo un enriquecimiento del bien, como ocurre con recetas, o conocimientos que al ser compartidos se incrementan. La simplificación de la reproducción y transferencia del conocimiento, posibilitada por las tecnologías de la información y comunicación intensifican esa generosidad. La propiedad intelectual, en cambio limita esa generosidad volviendo exclusivo un bien accesible y no rival como el conocimiento, con el objetivo de convertirlo en mercancía.

Los criterios de la subsunción del conocimiento como objeto de la propiedad intelectual

La relación entre la búsqueda de ganancias a través de las inversiones en investigación y el sistema de propiedad intelectual no funcionó siempre como justificación indiscutida de este sistema privatista respecto del conocimiento. En cambio, desde los primeros tiempos fueron desarrolladas diferentes teorías de justificación. En primer lugar surgieron las que procuraban una recompensa para el investigador, como la *teoría de la propiedad*, o la *teoría de la remuneración*. Por otro lado encontramos la llamada *teoría del incentivo*, que tal vez sea la más prevaleciente hasta la actualidad. Finalmente existe la *teoría de la divulgación*, que justifica el sistema de propiedad intelectual en tanto promueva la transferencia de tecnologías y proteja "comunicaciones cualificadas"[14].

Las teorías de la recompensa y la cuestión de la rentabilidad de la actividad creativa

Las teorías de la remuneración y de la propiedad señalan a la recompensa, que el investigador se merecería por su logro, como el principal fundamento de la propiedad intelectual. Para la primera, los beneficios obtenidos por la comercialización de los derechos de exclusividad provenientes de su titularidad, servirían de remuneración del inventor (Rott, 2002, 36; Cabanellas, 2004, 40; Schneider, 2010, 115; Godt, 2007, 517; Niemann, 2008, 20). La segunda, en cambio, a través de argumentos iusnaturalistas, reconoce un derecho de señorío del creador respecto de su creación (Haedicke, 2012, 7; Schneider, 2010, 111; Hahn, 2004, 123; Wielsch, 2008, 52).

Sin embargo, advierten algunos autores, que la propiedad intelectual no sólo protege inventos que sean producto de trabajos de investigación (Rott,

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

2002, 36; Cabanellas, 2004, 52; Schneider, 2010, 115; Godt, 2007, 517), sino que protege también inventos "casuales"; por lo que la recompensa proveniente de los derechos de exclusión no se corresponde necesariamente con tal supuesta prestación.

Por otro lado, en la práctica, los beneficios que genera la comercialización de los derechos de propiedad intelectual recae sobre todo en los inversores en investigación y desarrollo, más que en los propios inventores o investigadores, que generalmente trabajan como asalariados (Meyer/Schellhardt, 2010, 2; Barton, 2004, 57; Correa et. Al, 2005, 39; Bosshart, 2012, 5; Frein, 2009, 9). Esta motivación financiera es señalada precisamente como un factor de crecimiento económico, aunque la relación entre la propiedad intelectual, la inversión extranjera y el aumento del bienestar social es muy discutida (York Akers/Ecer, 2009; Chen/Puttitanun, 2005; Gould/Gruben, 1996; Lamy, 2004, 934; Maskus/Penubarti, 1995, 228; Awokuse/yin, 2010, 223).

Además muchos investigadores ven sus trabajos perjudicados cuando no pueden disponer de conocimientos protegidos comercialmente (Godt, 2007, 204). Conocidos casos de *sobrepatentamiento* ponen incluso en evidencia lo absurdo del sistema, cuando por ejemplo obliga a investigadores a negociar hasta ochenta patentes, para poder llevar adelante una investigación, como ocurrió a Ingo Potrykus y Peter Beyer, al desarrollar el famoso *Arroz Dorado* (Potrykus, 2000, 8; Frike, 2011, 15; Tripathi, 2000, 5; Evenson, 2005, 206; Rai, 2005, 304).

Existen a su vez otros mecanismos que pueden tornar rentable la actividad creativa, como el financiamiento público de la investigación, los llamados *certificados de invención* o los premios de distinción a innovadores (como el Health Impact Fund) que pueden asegurar una retribución, promoviendo también la innovación, sin imponer un esquema de exclusión (Cabanellas, 2004, T.1, 41; Rott, 2002, 41; Wielsch, 2008, 20; Godt, 2007, 203; CIPR, 2002, 4). En el caso de los certificados de invención (se conoce de su existencia en México entre 1976 y 1991 y en Polonia, Rumania, Checoslovaquia y la Unión Sovietica alrededor de 1975), es el Estado el que concede una retribución a los inventores que presenten públicamente sus creaciones (Rott, 2002, 48). Las distinciones o premios en cambio, pueden ser otorgados por instituciones civiles. El Health Impact Fund es un modelo de fondo de promoción, ideado por Thomas Pogge, que reconoce un monopolio a los inven-

tores de medicamentos pero los obliga a distribuirlos a un precio accesible (Pogge/Pins, 2007, 274).

La teoría del incentivo y la naturalización de la economía de mercado

La teoría del incentivo busca justificar la exclusividad de la tecnología, que ejerce la propiedad intelectual, tanto como mecanismo de promoción de la investigación y el desarrollo, así como dispositivo de garantía de la inversión en este ámbito, a través de un aseguramiento de las expectativas de ganancia (Schneider, 2010, 115; Barton, 2004, 47; Godt, 2007, 519; Niemann, 2008, p 20).

En relación con la promoción de las inversiones en investigación y desarrollo, que puede ejercer la propiedad intelectual, es cierto que muchos desarrollos tecnológicos implican una inversión importante de tiempo y dinero, lo cual abarca el uso de tierras, equipamiento, invernaderos, cámaras climáticas, laboratorios, así como personal calificado y materiales (Hahn, 2004, 121; Winter, 2010, 227; Pressler, 2008, 43; Litman, 1990, 969; Liebig, 2007, 15; Kock/Gould, 2011, 94). Además en el caso de la biotecnología, por ejemplo, en el que la reproducción se da de manera relativamente rápida, ésta puede generar una acelerada difusión de la tecnología, lo cual complicaría la recuperación de una inversión en tales desarrollos, si no fuese por los derechos de exclusión que garantizarían tal recuperación (Barton, 2004, 205; Swanwon/Goeschl, 2005, 672; Haedicke, 2011, 138).

La recuperación de las inversiones se convirtió en el principal argumento que sostiene en el tiempo al sistema de propiedad intelectual, en tanto la garantía de exclusión, el monopolio respecto de la tecnología protegida, que éste ofrece por un determinado período de tiempo para que su titular pueda recaudar en base a la gestión comercial de los derechos protegidos, aseguraría la competitividad de los inversores (York Akers/Ecer, 2009; Chen /Puttitanun, 2005).

Ello implicó un cambio funcional del sistema, pues pasó de ser promotor y protector de la investigación a promotor y protector de la inversión. En efecto, los primeros monopolios en Inglaterra, eran otorgados exclusivamente a los inventores y no a terceros. Incluso la Constitución de Estados Unidos, uno de los pilares normativos que sostienen el sistema, con repercusiones

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

globales, se refiere al otorgamiento de los derechos de exclusión *a los autores e inventores para promoción y progreso de la ciencia,* como objetivo público de la propiedad intelectual (Art. 1.8, US-Constitution 1787).

Con el tiempo y el afianzamiento de la economía de mercado la protección de la inversión y la competitividad prevalecieron como argumentos (Haugen, 2007, 31; Bosshart, 2012, 5; Schneider, 2010, 129; Godt, 2001, 134). En definitiva, los inversores en investigación y desarrollo serían los principales beneficiarios del sistema, lo cual se manifiesta en la coincidencia entre la expansión de los sistemas de propiedad intelectual y el aumento de la inversión privada en investigación, sobre todo en los países industriales (Correa, 2000, 3; Haugen, 2007, 3).

Este aumento de la participación privada en el desarrollo tecnológico no se da de manera muy participativa. La adquisición y gestión de los derechos de propiedad intelectual implican una inversión extra –de tiempo y dinero– que los investigadores a menudo no pueden asumir. Ello genera que, para poder tornar rentable su trabajo, deban recurrir a grandes inversores, que terminan concentrando el control sobre el conocimiento y la tecnología.

Sin embargo, tal estrecho vínculo entre inversión privada e investigación no existió desde los orígenes de las universidades y la investigación, sino que comienza recién en Estados Unidos, alrededor de 1976, con la Fundación de *Genentech* por el Biólogo Molecular H. Boyer y el empresario R. Swanson. Esta primera alianza dio lugar a una serie de fundaciones de empresas dedicadas a la biotecnología, a partir de convenios entre universidades y empresas (Moraga Rojel, 1997, 29; Kenney, 1986, 28). Ello implicó un cambio de paradigma en la investigación y en las políticas universitarias que, dejando atrás tanto el modelo medieval de universidad como "buscadora de la verdad", como el modelo moderno de la ciencia como productora y promotora del conocimiento, pronto tuvieron una fuerte influencia del mercado tanto en los objetivos de los proyectos como en los resultados de las investigaciones, incluso en las universidades públicas. Este giro implicó también que se privilegien objetivos a corto plazo, serviles al mercado, y se incorpore la lógica del secreto comercial, tan ajena a la divulgación y transmisión de conocimiento que dio origen a las universidades. Así, la lógica pragmática del mercado derrumbó definitivamente los postulados modernos de neutralidad de la ciencia, en favor de la maximización de beneficios y la competitividad. Este

desmantelamiento posmoderno de la tendencialidad intrínseca de toda ciencia –en cuanto actividad humana– podría sin embargo encauzarse en nuevas orientaciones manifiestas como el bienestar ecológico –social y ambiental– y no sólo a la maximización de la ganancia.

En los países industriales, entre el 40 % y el 60 % de la investigación es financiada de manera privada, mientras que en los países no industriales sólo entre un 5 % y un 15 % (RYCIT, 2010; Moraga Rojel, 1997, 26). El desarrollo científico financiado por empresas de la mano de la protección comercial, en los países industriales, de donde provienen los principales grandes inversores, tuvo ciertos resultados como un cierto vertiginoso aumento de la innovación y la producción científica (Haugen, 2007, 144). Sin embargo, este desarrollo estuvo marcado por una evidente orientación al mercado, el abultado desarrollo de "ciencia chatarra", así como por una tendencia a la exclusividad en la gestión de tales avances. Ello genera grandes interrogantes en materia social y ambiental, sobre todo por las limitaciones que implican tales condiciones al acceso común y por la preocupante concentración de poder que generan sobre el conocimiento y la tecnología.

Por otro lado, que exista menor inversión privada en investigación, no significa necesariamente ausencia de producción de conocimiento. En cambio, ello puede ser un indicio de que la privatización de tal producción es menor. Muchos "inventos" protegidos en los países industriales, representan incluso traducciones académicas de conocimientos tradicionales provenientes de países del "tercer mundo", como lo demuestran tantos casos de *biopiratería* (Shiva, 2010; Khor, 2003; Correa et. al., 82). Inclusive cuando el volumen de producción científica pueda ser mayor en los países industriales, ésta se orienta en su mayor parte al mercado, priorizando ámbitos de producción rentables y relegando así el abordaje de necesidades básicas menos rentables en términos económicos, aunque lo fueran en relación con la calidad de vida y sus efectos sociales y ambientales.

La teoría del incentivo también se encuentra cuestionada por informes que señalan que no existe relación directa entre el aumento de los estándares jurídicos de protección comercial y el aumento de la innovación. Por ello Suiza, teniendo ya una de las industrias farmacéuticas más desarrolladas, otorgó por mucho tiempo patentes sólo a procedimientos farmacéuticos, excluyendo de la patentabiliad a los productos farmacológicos en sí. El esta-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

blecimiento de sistemas de patentes en materia farmacéutica en muchos países no industriales entre 1950 y 1989 no implicó avances considerables, en relación con otros países que no otorgaban tal protección e incluso sí lograron progresos en el área. En otro casos, como países pequeños como Suiza, se advierte que como incentivo alcanzaría con los sistemas extranjeros de patentes (Schneider, 2010, 115; Barton, 2004, 47; Godt, 2007, 519).

Son los ámbitos de la biotecnología agrícola y farmacéutica donde se manifiestan más evidentemente las problemáticas del sistema relacionadas con el acceso a bienes fundamentales como los alimentos y medicamentos. Tanto el conocimiento como los recursos genéticos se convierten en "materia prima" de las nuevas tecnologías, promoviéndose así su manipulación ilimitada en favor del mercado y la generación de ganancias (Aparisi Millares/ López Guzmán, 1999, 284; Wielsch, 2008, 20).

La teoría de la divulgación y la construcción del sistema hegemónico de gestión del conocimiento

La teoría de la divulgación pone el acento en la "transferencia de tecnologías" que puede generar la propiedad intelectual, así como en su rol como promotora de "comunicaciones cualificadas", es decir como garante de "conocimiento de calidad" (Rapela, 2000, 20).

La mencionada divulgación se refiere a la publicación de las invenciones que se genera a partir de los registros de propiedad intelectual, especialmente los de patentes. Teóricamente se hace mención a un contrato ficticio entre el investigador y el Estado, a través del cual el primero acepta publicar los resultados de su trabajo a cambio de los derechos de exclusividad que ofrece el segundo (Cabanellas, 2004, 40; Barton, 2004, 65; Godt, 2007, 203; Niemann, 2008, 24). Es decir, que la garantía de la exclusividad –que ofrecen sobre todo las patentes–, tiene la función de alentar la publicidad de los resultados de las investigaciones, evitando los secretos comerciales (Hahn, 2004, 121; Schneider, 2006, 153; Godt, 2007, 448), y fomentando así la transferencia de los conocimientos (Haedicke, 2012, 7; Rott, 2002, 312).

Sin embargo podría cuestionarse cuán útil sería esta información publicitada si no puede ser aprovechada comercialmente (Mazzoleni/Nelson, 1998, 275). Por otro lado, la mayoría de los inventos se dan a conocer, se "publici-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

tan", con su sólo uso o puesta en el mercado, tornándose no susceptibles de ser mantenidos en secreto (Rott, 2002, 36), de manera que cualquier trabajo de ingeniería inversa podría suplantar a la divulgación técnica ofrecida por los documentos de patente, evitando también su régimen de exclusión y monopolio.

Asimismo, esta teoría presupone un perfil del investigador como guardián afanoso, tacaño y celoso de su trabajo, en cuanto competidor en la producción y gestión de conocimiento. Ello significa una transformación radical respecto de la tradicional apertura y servicialidad social de la ciencia. Esta transformación responde al aumento de la inversión privada en investigación y consecuente proceso de mercantilización de la cultura y la ciencia, que condujo a la pérdida de su carácter *desinteresado* (Merton, 1968, 612), y de su función catártico-expresiva (Rifkin, 2000, 90).

Sin embargo esta representación de la ciencia no tiene en cuenta que los monopolios científicos y tecnológicos no benefician en su mayoría a los investigadores, sino a los inversores en investigación y desarrollo. En cambio, muchos investigadores ven sus trabajos limitados al no poder disponer para sus investigaciones de conocimientos y tecnologías protegidas comercialmente.

Por otro lado, la promoción de "comunicaciones cualificadas" o información calificada a través de los sistemas de propiedad intelectual presupone que existe una especie de conocimiento "cualificado". Ello se corresponde con lo que Santos denomina *monocultura del conocimiento:* la postulación del conocimiento científico como único conocimiento válido (Santos, 2010, 22; 2004, 145). Lo cual en definitiva significa la ponderación de la narrativa epistémica, como única forma de acceso al sentido (Ciaramelli, 2009, 33).

Esta jerarquización del conocimiento epistémico ocurre en primer lugar en desmedro de conocimientos populares, tradicionales, informales, coloquiales, espirituales, e incluso en rechazo de cualquier acceso al sentido que no pueda catalogarse como "conocimiento", como la praxis religiosa, pero también la hospitalidad, la amistad, el don y la gratuidad, todas *prácticas*, no rentables económicamente, no previsibles, ni reducibles a un dato epistémico (Cf. Shiva, 2011, 26).

Esta descalificación de todo conocimiento no académico –y de todo acceso al sentido no epistémico–, esta ponderación del conocimiento académico-cien-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

tífico como única forma de sentido válido, es justificada a través de la narrativa racionalista de la univocidad, la universalidad y la atemporalidad de una verdad ontológica (Ciaramelli, 2009, 35), identificada con la perspectiva identitaria del occidente hegemónico y funcionalmente es servil al mercado, pues en definitiva se da en favor de la mercantilización del conocimiento académico. Éste tipo de conocimiento, de raigambre occidental, es protegido por los sistemas de propiedad intelectual promovidos –incluso coercitivamente– por los países industriales, favoreciendo la concentración del poder de sus corporaciones en desmedro de otras formas de conocimiento no hegemónicas.

Esta bipolaridad moderna "científico - no científico" que surgió al colocar a las universidades y los laboratorios como "creadores" de conocimiento válido/valioso, olvida que incluso tantos saberes "científicos" provienen de saberes "populares" o tradicionales, los cuales sólo son considerados cuando y si llegan a publicarse académicamente. Tal bipolaridad, plasmada en materia de política internacional, en los conceptos de *transferencia de tecnología* (*transfer of technology – TOT*) y compartir beneficios (*benefit sharing*), tiene incluso consecuencias políticas, económicas, jurídicas –lo cual a su vez pone de manifiesto la performatividad de tal calificación–. En efecto, la llamada "transferencia de tecnologías" funciona como fundamento de la propiedad intelectual, en tanto considera a los países industriales como principales productores de conocimiento, en cuanto principales inversores en investigación y desarrollo. Sin embargo, la inversión no es garantía de la innovación, sino de su mercantilización. Ello se evidencia en los casos de *biopiratería*, en los que tantos conocimientos "no-científicos", pertenecientes incluso a tradiciones ancestrales, son expropiados de sus orígenes y "apropiados" a través de publicaciones científicas. De esta manera, los países industriales tienden a monopolizar la gestión del conocimiento y las tecnologías, atribuyéndose la delantera en materia de innovación, cuando su ventaja se centra sobre todo en la mercantilización de las invenciones, incluso más que en su proliferación efectiva.

Por otro lado, la narrativa de la promoción de la inversión en investigación a través de la propiedad intelectual se corresponde con la apología moderna del progreso y la ciencia, la cual presupone que todo avance científico necesariamente implica una ventaja para la sociedad (Ayres, 1986, 10; Rapela, 2000, 349; Rifkin, 2000, 117). La *comercialización* de los avances científicos como justificación de la propiedad intelectual, tiene más recepción práctica incluso que la promoción misma de tales avances (Haugen, 2007, 418).

Sin embargo, los llamados *riesgos del desarrollo, de la ciencia o de la técnica*[15], ponen en cuestión este paradigma moderno de la ciencia como garantía del progreso y del progreso como garantía de la felicidad. Aunque algunos optimistas de la ciencia desestiman esta perspectiva crítica del progreso, pues confían en que tales riesgos serán contenidos por nuevos avances científicos (Ayres, 1986, 16), las críticas del modelo de desarrollo se orientan cada vez más hacia los costos sociales y ambientales de tales avances, así como al nivel de derroche y descarte que el modelo implica (Clancy, 2003, 130, Papa Francisco, 2015, n. 20).

Esta revisión del paradigma del progreso cuestiona en primer lugar en qué medida y a qué costos la ciencia contribuye a la convivencia en "el jardín del mundo" o a la gestación de un *mundo común*,[16] lo cual conlleva a una segunda cuestión sobre qué tipos de investigación y tecnologías deben promoverse (Wielsch, 2008, 18; Nelson, 2005, 127). Pues aunque se afirma que la investigación contribuye a la realización de los derechos sociales, por otro lado se advierte que el acceso a los bienes fundamentales –como el agua, los alimentos, los medicamentos o la vivienda– tiene que ver con la distribución y no tanto con la disponibilidad de los recursos (cf. Haugen, 2007, 419).

La exaltación del avance científico ilimitado se corresponde con un modelo de prosperidad del exceso y la sobreabundancia, que no necesariamente implica el bienestar de toda la sociedad (Gerhart, 2005, 70). Estudios afirman incluso que la promoción de la ciencia a través de la protección comercial conduce a menudo al fenómeno de la "sobreinversión", en el área de la investigación y desarrollo orientada al mercado, que genera la llamada "ciencia chatarra", es decir, una superabundancia de proyectos inútiles a la convivencia, mientras tantas problemáticas y necesidades sociales y ambientales no "rentables" permanecen pendientes (cf. Cabanellas, 2004, T.1, 54).

La expansión del sistema de propiedad intelectual como globalización de un localismo

La expansión mundial del sistema de propiedad intelectual a través de los tratados internacionales, tanto en el ámbito de la OMC como de la OMPI, refleja un proceso que Sousa Santos denominó *globalización* de un *localismo* (Sousa Santos, 1998, 57). El sistema de propiedad intelectual constituye un localismo, de raigambre en los países industriales, que se *globaliza* a través de

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

los tratados internacionales en la materia y se *relocaliza* en los países no industriales a través de las normativas nacionales que se adaptan a los tratados.

Los primeros intentos de internacionalización del sistema de propiedad intelectual se dieron en el ámbito de la OMPI[17] y se reflejaron en el Convenio de París[18], en el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT)[19], así como en instrumentos regionales (Löhr, 2010, 49). La creciente importancia económica de la protección comercial del conocimiento y la información conllevó en un principio, a un aumento de la relevancia del rol internacional de la OMPI y sus instrumentos internacionales, los cuales sin embargo terminaron siendo desplazados por acuerdos firmados en un ámbito estrictamente comercial como es la OMC[20], como el paradigmático Acuerdo ADPIC (Rott, 2002, 79; Hahn, 2004, 149; Niemann, 2008, 28; Zeeb, 1996).

El Acuerdo ADPIC significó un impulso imperativo de estos procesos de globalización y relocalización, pues vino a fortalecer la expansión global del sistema de propiedad intelectual a través de medidas coercitivas. En primer lugar, la redacción del Acuerdo se llevó a cabo de manera bastante unilateral, en tanto tuvo una influencia determinante un *Comité de Propiedad Intelectual* (*Intellectual Property Comittee, IPC*), conformado por treinta corporaciones estadounidenses como Bristol-Myeres Squibb, DuPont, General Electric, General Motors, Hewlett Packard, IBM, Johnson & Johnson, Merck, Monsanto, Pfizer, Rockwell y Warner; significativamente no participaron representantes de otros sectores afectados como los campesinos o los consumidores (Forum Umwelt y Entwicklung, 2010). Esta dinámica desigual de funcionamiento parece ser habitual en el sistema de negociación de la OMC, donde las decisiones son tomadas a menudo por pequeños grupos en la famosa “Sala Verde”[21], que luego al abrir el debate suelen sostener hasta el final posiciones extremas, para terminar llegando a “decisiones intermedias” (Ziai, 2008, 223; Rott, 2002, 78; Engartner, 2008, 120; Lösch, 2008, 262).

Los países periféricos terminan aceptando tales condiciones bajo las promesas de mayor accesibilidad a los mercados de los países industriales (Drahos/Braithwaite, 2002, 137; Shiva, 2011, 28; Sell, 2003, 96; Ziai, 2008, 224; Correa, 2005, 232; Kingston, 2005; Ghidini, 2005, 699). Esta situación de desigualdad internacional, plasmada en acuerdos internacionales, es compatible con la figura del *fascismo contractual*, postulada por Sousa Santos, que advierte de los desequilibrios de poder que conducen a que partes débiles se rindan vul-

nerables por no tener alternativas, aceptando condiciones impuestas por las partes más fuertes, pese a que puedan ser costosas y despóticas (2010, 42).

Por otro lado, la adopción del Acuerdo ADPIC, se incorporó como condición de ingreso a la OMC, y de alguna manera así también al sistema del comercio internacional. En efecto, según el Artículo XI.2 del Acuerdo por el que se establece la OMC, todos los Estados miembros deben aceptar e implementar todos los Acuerdos que se firmen en el ámbito de esta organización, entre los que se encuentra el Acuerdo ADPIC. Ello implica que el cumplimiento de éste, que a su vez exige el establecimiento de un sistema de patentes según estándares predeterminados, es condición para ser parte del sistema de comercio internacional. Ello es así, pues la OMC fue impulsada como plataforma hegemónica del comercio internacional, convirtiéndose su membresía en una condición de cualquier transacción internacional. Así, los países que no acepten o respeten los estándares impuestos por los países industriales son pasibles de sufrir graves sanciones económicas (Kohr, 2003, 9; Correa, 2000, 3; Winter, 2010, 228).

Este acuerdo, a diferencia de los tratados anteriores firmados en el ámbito de la OMPI, no sólo incorpora *estándares mínimos de protección* que deben adoptar todos los Estados Miembro, fortaleciendo de esta manera la idea de un sistema internacional de protección, sino que además apoya su implementación a través del *Proceso de Solución de Diferencias* de la OMC (Hilf/Hörmann, 2005, 398). El establecimiento de estándares mínimos significa que los Países miembros no pueden adoptar niveles de protección comercial menores a los establecidos por el acuerdo; es decir no pueden, por ejemplo, establecer otros requisitos positivos de patentabilidad –ni materiales ni procesales–. Los países sí pueden, en cambio, imponer niveles más altos de protección –como por ejemplo flexibilizando los requisitos de patentabilidad–, por lo que el Acuerdo no implica uniformidad (Correa, 2000, 2; Rott, 2002, 211; Rapela, 2000, 86; Leskien/Flitner, 1997, 7). Sin embargo, esta flexibilidad que permite el Acuerdo a través de las excepciones permitidas a la patentabilidad (Art. 27. inc. 2 y 3) es a menudo reducida a través de cláusulas conocidas como ADPIC-Plus, incorporadas como condición en acuerdos bilaterales de protección de las inversiones, negociados como requisito para las inversiones en los países más pobres (Griebel, 2008, 16; Hennig, 2011, 5; Liebig, 2007, 158)[22].

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

Esos estándares impuestos, sobre todo los referentes a la patentabilidad en materia de biotecnología, fueron muy debatidos durante las negociaciones del Acuerdo ADPIC, generando una tensión entre los países industriales y los demás países, que incluso luego del Acuerdo reclamaron su cancelación. Mientras algunos países solicitaron la ampliación de la excepción de patentabilidad a los Microorganismos, los países industriales continúan ejerciendo presión para que los demás países adapten sus legislaciones a los estándares impuestos (Rott, 2002, 65).

La patentabilidad en materia de biotecnología continúa siendo uno de los puntos más delicados de la discusión sobre el sistema de patentes impulsado internacionalmente sobre todo a través del Acuerdo ADPIC, porque afecta la gestión por un lado de patentes en dos ámbitos de abultado movimiento financiero como la farmacéutica y la producción de semillas, y por otro lado de recursos esenciales como los alimentos y los medicamentos, generando un sistema monopolizado de control internacional de éstos (Bonet de Viola, 2016b, 2017).

Esta imposición internacional del sistema de propiedad intelectual es promovida principalmente por los países industriales, sobre todo por Estados Unidos y significa una expansión de su sistema sancionatorio, que ya aplicaba de manera bilateral (Cabanellas, 2004, 170; Haugen, 2007, 73). Ello se manifiesta por ejemplo en la utilización unilateral del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC, que de por sí ya implica un sistema paralelo al sistema de solución de controversias de Naciones Unidas y es llevado adelante por el Órgano de Resolución de Diferencias de la OMC (Dispute Settlement Body, DSB), que prevé recursos en materia de aplicación del Acuerdo ADPIC y fue utilizado ya para exigir los estándares mínimos de protección comercial (Haugen, 2007, 312; Correa, 2000, 110).

A través de este sistema de sanciones Estados Unidos ejerce presión a los países periféricos que no cooperen con la implementación del sistema dispuesto en el Acuerdo ADPIC (Stremmel, 2004, 5; Adolf, 2001, 53; Liebig, 2007, 152; Frein, 2009, 11; Safrin, 2004, 674). Un ejemplo de esta presión constituye el caso India-Patent protection for pharmaceutical and agricultural chemical products", por el que Estados Unidos demandó a India frente al Órgano de Resolución de Diferencias de la OMC por su retraso en la adopción de los estándares impuestos en el Acuerdo ADPIC[23]. Frente al mismo Ór-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

gano inició de la misma manera Estados Unidos un proceso contra Brasil, porque su ley de Propiedad Intelectual (Ley 9.279/1996) faculta al Estado brasilero a otorgar licencias obligatorias cuando el titular de un producto patentado no lo produce en el territorio de Brasil. Según Estados Unidos esta facultad viola el *principio de no discriminación* del Art. 27 y 28 del Acuerdo ADPIC, exigiendo así a Brasil un aumento del estándar de protección en beneficio de las empresas biotecnológicas. También existen denuncias de presiones ejercidas tanto por Estados Unidos como por corporaciones a Sudáfrica, Jordania, Ecuador y Sri lanka, para limitar el margen de licencias obligatorias e importaciones paralelas (Hilf/Hörmann, 2005, 430).

Esta expansión global del sistema de propiedad intelectual implicó incluso una tensión entre los países industriales, por imponer su perspectiva en la materia. La orientación de la producción del conocimiento al mercado determinó finalmente la victoria del paradigma mercantilista norteamericano frente al modelo academicista europeo. La aplicación del concepto de propiedad a los bienes inmateriales conllevó a una discusión fundamental que en Alemania condujo incluso a la gestación del concepto de *Derecho de los bienes inmateriales*, para evitar la expresión propiedad intelectual (Hahn, 2004, 118), si bien ésta última continúa utilizándose debido a su extendida aceptación internacional (Kraßer/Bernhardt, 2009, 2.1). Los críticos decimonónicos del concepto se centraron en la aceptabilidad de otras "propiedades" fuera de los derechos reales, alegando sobre todo objeciones iusnaturalistas. Reparos posteriores se fundaron en consideraciones sistemáticas y legalistas (Pahlow, 2008, 2; Schneider, 2010, 113; Niemann, 2008, 16). De cualquier manera, estos debates conceptuales no afectaron el sistema privatista de asignación del conocimiento.

El sistema de la propiedad intelectual representa en última instancia una extensión del concepto moderno de propiedad, que entiende los bienes como objeto de la apropiación individual (Santos, 2010, 90). Este esquema de relación de lo humano con lo no humano (en términos modernos, del hombre con las cosas) implica una dinámica jerárquica de objetivación y por lo tanto una dominación del primero respecto de lo segundo, que la modernidad retomó acríticamente del derecho romano (Sebald, 2008, 217; Rifkin, 2000, 117).

Las pretensiones de validez universal del sistema de propiedad (Haedicke, 2011, 161) son cuestionadas a través de experiencias locales de relaciones

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

con las cosas que no se corresponden con esa lógica moderna del dominio y la exclusión. Incluso las expresiones de *propiedad colectiva* o *comunitaria* se refieren a menudo a formas plurales o adaptaciones *sui generis* del sistema moderno de dominio individual. En cambio, la relación humano – no humano de muchos pueblos no occidentales no puede representarse a través del concepto occidental de propiedad –ni individual ni colectivamente–.

Perspectivas

Aunque las iniciales justificaciones teóricas de la propiedad intelectual, así como las primeras experiencias medievales de protección comercial, se refieran a una remuneración del inventor, el sistema jurídico de gestión del conocimiento se fue transformando, orientándose a un sistema de exclusión en beneficio de la inversión en investigación y a la construcción de un sistema académico hegemónico de validación de conocimientos (Rott, 2002, 27; Cabanellas, 2004, 155; Troitzsch, 2004, 447; Barton, 2004, 60; Godt, 2007, 135). Así, las teorías civilistas continentales que procuraron una justificación moral –autorreferencial– fueron desplazadas por las justificaciones pragmáticas y económicamente orientadas de los países del *Common Law*, que desde el principio, expresamente, pusieron el acento en los objetivos económicos del sistema de propiedad intelectual (Haugen, 2007, 33).

Entre los factores detectados como decisivos en este proceso de mercantilización del conocimiento podemos resaltar el surgimiento de la economía de mercado, orientado desde siempre a la búsqueda de nuevas mercancías, así como el aumento de la producción de conocimiento y su valorización en relación con sus aplicaciones. El poder de la tecnología, que excede su valor funcional, se fue profundizando con el tiempo llegando a convertirse en un factor estratégico decisivo tanto del éxito empresarial, como de la competencia internacional e incluso del poder político (Schenek, 1995, 43).

Tal proceso de traspaso de una economía de los bienes materiales a una economía de los bienes inmateriales, que implicó la transformación del capitalismo industrial en un capitalismo cultural, resignificó el rol de la propiedad y de las relaciones económicas, al priorizar el acceso por sobre el dominio perpetuo –como se advierte en las figuras del *leasing*, las licencias o los alquileres– (Rifkin, 2000). En este sentido, en cuanto inmersa en una lógica del acceso, la regulación del conocimiento tiene un potencial democratizador de

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

los productos culturales y tecnológicos, que puede contribuir a la superación de la lógica de la exclusión que rige el sistema privatista moderno.

Este potencial democratizador de las normas de regulación del acceso a los conocimientos y tecnologías puede contribuir a la reversión de los efectos colonizadores de la expansión global del sistema de propiedad intelectual, que favoreció la homogeneización de una cultura, afectando todos los ámbitos de la vida, desde la alimentación, la recreación, el trabajo y la producción de bienes (Shiva, 2010, 21; Rifkin, 2000, 153, Lenkert-Hörrmann/Hudson, 2009, 165). Pues el establecimiento de normas de acceso plurales y abiertas constituye un paso en la consolidación de un pluralismo jurídico, es decir de un sistema jurídico pluralista, que proteja y promueva una convivencia pacífica y responsable en la diferencia, fundamental para la realización de la agenda de los derechos sociales, relacionados con el acceso y la solidaridad.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

Referencias

Adolf, H. (2001). Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights and Developing Countries. *The Developing Economies*, *39*(1), 49–84.

Ahrens, C. (2008). *Gewerblicher Rechtsschutz*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Aparisi Miralles, A. y López Guzmán, J. (1999). Biotecnología y patentes: ¿reto científico o nuevo negocio? *Cuadernos de Bioética*, 2, 282–288.

Awokuse, T. O. y Yin, H. (2010). Intellectual property rights protection and the surge in FDI in China. *Journal of Comparative Economics*, *38*(2), 217–224.

Ayres, R. U. (1986). Technological protection and piracy: Some implications for policy. *Technological Forecasting and Social Change*, *30*(1), 5–18. http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0040162586900521

Barton, T. (2004). *Der "Ordre public" als Grenze der Biopatentierung: Konkretisierung und Funktion der Vorbehalte zum "ordre public" und zum menschlichen Körper in der EG-Biopatent-Richtlinie einschliesslich der Umsetzung ins deutsche Recht*. Berlin: Erich Schmidt.

Beier, F.-K., Crespi, R. S. y Straus, J. (1986). *Biotechnologie und Patentschutz: Eine internationale Untersuchung der OECD. Eine internationale Untersuchung der OECD.* Weinheim: VCH TS - WorldCat.

Biedenkopf, K. (2008). Geistiges Eigentum - Prosperitätsgarantie nur für die Industriestaaten? En O. Depenheuer y K. N. Peifer (Eds.), *Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel.Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung* (pp. 23–37). Berlin; Heidelberg: Springer.

Bonet de Viola, A. M. (2016a). *Die Demokratisierung des Wissens. Kollisionen zwischen dem Recht auf Nahrung und dem gewerblichen Schutz in der Biotechnologie.* Hamburg: Dr. Kovac.

Bonet de Viola, A. M. (2016b). La democratización del conocimiento a través de normas de acceso globales. Pluralismo jurídico y propiedad intelectual. En J. L. Luna Bravo, A. E. Beling, A. M. Bonet de Viola. *Pluralismo e interculturalidad en América Latina en tiempos de globalización.* Buenos Aires: Grama.

Bonet de Viola, A. M. (2017a). La democratización del conocimiento. Colisiones entre el derecho a la alimentación y la propiedad intelectual en la biotecnología. *Nueva Sociedad*. Recuperado de http://nuso.org/media/documents/Analisis_Bonet_FF_SXy3EEL.pdf

Bonet de Viola, A. M. (2017b). La "despropiación" de la naturaleza. Repensar las normas de acceso a los bienes a partir de Laudato si'. *Rivista Italiana di Filosofia e Teologia*, *31*(2), 253-269.

Bosshart, M. (2012). *Das Creative-Commons-Lizenzsystem: Alternativer Verwertungsansatz für Rechte an geistigem Eigentum im digitalen Zeitalter?* Zürich: Buch & Netz.

Burke, (2002). Problemas causados por Gutenberg: a explosão da informação nos primórdios da Europa moderna. *Estudos Avançados*, *16*(44), 173–185. http://doi.org/10.1590/S0103-40142002000100010

Busaniche, B. (2007). *Cada cosa por su nombre.* En F. V. Libre (Ed.), Monopolios artificiales sobre bienes intangibles. Córdoba. Recuperado de: http://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2007/03/mabi.pdf

Boyle, J. (2003). The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain. *Law and Contemporary Problems,* 66(2), 33–74. Recuperado de https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1273&context=lcp

Cabanellas, G. (2004). *Derecho de las patentes de invención*. Buenos Aires: Heliasta.

CDIP, Comité de desarrollo y propiedad intelectual. (2010). *Flexibilidades en materia de patentes en el marco jurídico multilateral y su aplicación legislativa en los planos nacional y regional*. Ginebra: OMPI. Recuperado de https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/cdip_7/cdip_7_3-main1.doc

Chapman, A. R. (2001). *Approaching intellectual property as a human right: obligations related to Artikel 15 (I) (c).* En M. del C. Beltrán (Ed.), Approaching Intellectual Property as a Human Right: Core (pp. 4–36). Paris: UNESCO Publishing. Recuperado de http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505e.pdf

Chen, Y., y Puttitanun, T. (2005). Intellectual property rights and innovation in developing countries. *Journal of Development Economics*, *78*(2), 474–493. Recuperado de http://qed.econ.queensu.ca/pub/faculty/lloyd-ellis/econ835/conf07/sluys.pdf

Ciaramelli, F. (2009). *Instituciones y normas: Sociedad global y filosofía del derecho*. Madrid: Trotta.

CIPR - Commission on Intellectual Property Rights. (2002). Int*egrating Intellectual Property Rights and Development Policy.* (U.-C. on I. Rights, Ed.). London, UK. Recuperado de http://ipasa.co.za/Downloads/Intellectual%20Property%20&%20Innovation/integrating%20IP%20rights%20and%20Development%20Policy%20CIPR%202002.pdf

Clancy, N. (2003). Genetically Modified Organisms and Democracy. *Trinity College Law Review,* 6, 125–154.

Collart Dutilleul, F. (2011). *El derecho al servicio de las problemáticas alimentarias de la explotación y del comercio de los recursos naturales,* Recuperado de *https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01060946/document*

Cornish, W. R. (1993). Das "Statute of Anne" (8 Anne c. 19). En E. Wadle (Ed.), *Historische Studien zum Urheberrecht in Europa. Entwicklungslinien und Grundfragen* (pp. 57–65). Berlin: Duncker und Humblot.

Correa, C. M. (2000). *Intellectual property rights, the WTO, and developing countries: The TRIPS Agreement and policy options.* London; New York; Penang; Malaysia: Zed Books.

Correa, C. M., Barton, J. H., Alexander, D., Mashelkar, R., Samuels, G. y Thomas, S. (2005). Propiedad Intelectual y Políticas de Desarrollo (C. M. Correa, Ed.) *Informe de La Comisión Sobre Derechos de Propiedad Intelectual "Integrando los derechos de Propiedad Intelectual y la Política de Desarrollo."* Recuperado de http://www.iprcommission.org/ papers/pdfs/Multi_Lingual_Documents/Multi_Lingual_Main_Report/DFID_Main_Report_Spanish_RR.pdf

Crouch, C. (2008). *Postdemokratie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Cullet, (2004). Food security and intellectual property rights. En *Les Cahiers du Ribios*. Geneve: RIBios.

Drahos, P., y Braithwaite, J. (2002). *Information feudalism*. London: Earthscan Publications. Recuperado de https://www.anu.edu.au/fellows/pdrahos/books/Information%20Feudalism.pdf

Engartner, T. (2008). Privatisierung und Liberalisierung: Strategien zur Selbstentmachtung des öffentlichen Sektors. En C. Butterwegge, B. Lösch, y R. Ptak (Eds.), *Kritik des Neoliberalismus* (pp. 87–133). Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwissenschaften.

Evenson, R. E. (2005). Agricultural research and intellectual property rights. En K. E. Maskus y J. H. Reichman (Eds.), *International Public Goods and Transfer of Technology under a globalized Intellectual Property Regime* (pp. 188–216). Cambridge: Cambridge University.

Forum Umwelt y Entwicklung. (2010). *Pfanzensorten-Schutz ohne Demokratie: Gefahr für die Weltweite Ernährung*. Berlin; Zürich.

Foucault, M. (1971). *L' ordre du discours: Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*. Paris: Galimard.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

Frein, M. (2009). *Patentrechte und Menschenrechte: Fragezeichen, Widersprüche und Probleme aus entwicklungspolitischer Sicht.* Bonn: Evangelischer Entwicklungsdienst.

Fricke, C. (2011). *Intellectual Property versus soziale Interessen von Entwicklungsländern: Das Patentrecht und seine Auswirkung auf die Ernährungssicherheit.* Darmstadt: Sofia. Recuperado de http://www.sofia-darmstadt.de/fileadmin/Dokumente/Studien/2011/Ernaehrungssicherheit_Netzfassung.pdf

Friedemann, H. (2006). *Von Unsinn bis Untergang: Rezeption des Club of Rome und der Grenzen des Wachstums in der Bundesrepublik der fr¨uhen 1970er Jahre*. Freiburg im Breisgau. Recuperado de https://freidok.uni-freiburg.de/data/2722

Gerhart, (2005). Distributive values and institutional desing in the provision of global public goods. En K. E. Maskus y J. H. Reichman (Eds.), *International Public Goods and Transfer of Technology under a globalized Intellectual Property Regime* (pp. 69–77). Cambridge: Cambridge University.

Ghidini, G. (2005). Equitable sharing of benefits from biodiversity-based innovation: Some reflections under the schadow of a neem tree. En K. E. Maskus y J. H. Reichman (Eds.), *International Public Goods and Transfer of Technology under a globalized Intellectual Property Regime* (pp. 695–705). Cambridge: Cambridge University.

Godt, C. (2007). *Eigentum an Information: Patentschutz und allgemeine Eigentumstheorie am Beispiel genetischer Information*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Goebel, B. (2001). *Pflanzenpatente und Sortenschutzrechte im Weltmarkt: Zugleich ein Beitrag zur Revision von Art. 27 Abs. 3 b, TRIPS-Übereinkommen*. Berlin: Duncker und Humblot.

Gould, D. M., y Gruben, W. C. (1996). The role of intellectual property rights in economic growth. *Journal of Development Economics,* 48(2), 323–350. Recuperado de https://ideas.repec.org/a/eee/deveco/v48y1996i2p323-350.html

Haedicke, M. W. (2011). *Patente und Piraten: Geistiges Eigentum in der Krise. Geistiges Eigentum in der Krise*. München: Beck.

Haedicke, M. W. (2012). *Patentrecht*. Köln: Heymann.

Hahn, A. von. (2004). *Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften zwischen geistigen Eigentumsrechten und der "public domain"*. Berlin; Heidelberg: Springer.

Haugen, H. M. (2007). *The right to food and the TRIPS Agreement: With a particular emphasis on developing countries' measures for food production and distribution*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Heidenreich, M. (2002). Merkmale der Wissensgesellschaft. En B.-L.-K. für B. und F. u.a. (Ed.), *Lernen Wissensgesellschaft* (pp. 334–363). Innsbruck: Studienverlag.

Helfrich, S. (2009). Einleitung. En S. Helfrich (Ed.), *Wem gehört die Welt.Zur Wiederentdeckung der Gemeingüter* (pp. 11–23). München: oekom Verlag. Recuperado de https://www.boell.de/de/navigation/wirtschaft-soziales-6315.html

Hesse, C. (2002). The rise of intellectual property, 700 b.c.–a.d.2000: an idea in the balance. *Daedalus* (Boston), *131*(2), 26–45. Recuperado de http://www.amacad.org/publications/spring2002/hesse.pdf

Hilf, M., y Hörmann, S. (2005). Die WTO Eine Gefahr für die Verwirklichung von Menschenrechten? *Archiv Des Völkerrechts*, 43, 397–465. Recuperado de https://docslide.net/documents/die-wto-eine-gefahr-fuer-die-verwirklichung-von-menschenrechten.html

Kenney, M. (1986). *Biotechnology: The university-industrial complex.* New Haven: Yale University Press.

Kewitz, (2008). *Der gemeinschaftsrechtliche Patentschutz für biotechnologische Erfindungen: Die RL 98/44/EG im System des europäischen Erfindungsschutzes*. Göttingen: V & R Unipress, Univ.-Verl. Osnabrück.

Khor, M. (2003). *El saqueo del conocimiento: Propiedad intelectual, biodiversidad, tecnología y desarrollo sostenible.* Barcelona: Encuentro Icaria Editorial.

Kingston, W. (2005). An agenda for radical intellectual property reform. En K. E. Maskus y J. H. Reichman (Eds.), *International Public Goods and Transfer of Technology under a globalized Intellectual Property Regime* (pp. 653–661). Cambridge: Cambridge University Press.

Klippel, D. (1993). *Die Idee des geistigen Eigentums in Naturrecht und Rechtsphilosophie des 19. Jahrhunderts.* En E. Wadle (Ed.), Historische Studien zum Urheberrecht in Europa. Entwicklungslinien und Grundfragen (pp. 121–138). Berlin: Duncker und Humblot.

Kock, M., y Gould, C. (2011). Patents on Plants: A tool or threat for sustainable agriculture?: The role of intellectual property rights on plant innovations. En WIPO (Ed.), *How the privates and the public sectors use the intellectual property to enhance agricultural productivity. Global Challenges Report: Food Security and Intellectual Property* (pp. 94–110). Geneve.

Kraßer, R., y Bernhardt, W. (2009). *Patentrecht: Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, europäischen und internationalen Patentrecht*. München: Beck.

Lamy, (2004). Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - Ten Years Later. *Journal of World Trade*, *38*(6), 923.

Latour, B. (2012). *Políticas de la naturaleza: Por una democracia de las ciencias*. Barcelona: RBA.

Lenkert-Hörrmann, A., y Hudson, U. (2009). Zur Wiederentdeckung kulinarischer Traditionen. En S. Helfrich (Ed.), *Wem gehört die Welt. Zur Wiederentdeckung der Gemeingüter* (pp. 164–166). München: oekom Verlag.

Leskien, D., y Flitner, M. (1997). Intellectual Property Rights and Plant Genetic Resources: Options for a Sui Generis System. *Issues in Genetic Resources*, (6).

Liebig, K. (2007). *Internationale Regulierung geistiger Eigentumsrechte und Wissenserwerb in Entwicklungsländern: Eine ökonomische Analyse*. Baden-Baden: Nomos.

Litman, J. (1990). The Public Domain. *Emory Law Journal*, 39, 965. Recuperado de https://www.law.duke.edu/pd/papers/litman_background.pdf

Löhr, I. (2010). *Die Globalisierung geistiger Eigentumsrechte: Neue Strukturen internationaler Zusammenarbeit, 1886-1952.* Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Martinolich, A. (2006). *Derechos de propiedad intelectual en las obtenciones vegetales: el caso de la soja y el conflicto Monsanto-Productores Agropecuarios*, Seminario Licenciatura en Economía, Universidad Nacional de Rosario.

Maskus, K. E., y Penubarti, M. (1995). How trade-related are intellectual property rights? *Journal of Development Economics*, 39(3–4).

Mattei, U. (2013). *Bienes Comunes. Un Manifiesto.* Madrid, España: Trotta.

Mazzoleni, R., y Nelson, R. R. (1998). The benefits and costs of strong patent protection: a contribution on the current debate. *Research Policy,* 27(3), 273–284. Recuperado de http://www.yildizoglu.fr/moddyn2/articles/mazzol_nelson_patent.pdf

Meadows, D., Meadows, D., Zahn, E., y Milling, (1973). *Die Grenzen des Wachstums: Bericht des Club of Rome zur Lage der Menschenheit.* Reinbek bei Hamburg: Rowohlt.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

Meadows, D., Meadows, D., y Randers, J. (1992). *Die neuen Grenzen des Wachstums: Die Lage der Menschheit: Bedrohung und Zukunftschancen.* Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt.

Meadows, D. H., Randers, J., Meadows, D. L., y Pawlowsky, S. (2006). *Los límites del crecimiento: 30 años después.* Barcelona: Galaxia Gutenberg.

Merton, R. K. (1968). *Social theory and social structure*. Toronto, Canada: The Free Press.

Meyer, H., y Schellhardt, S. (2010). Die Rolle geistiger Eigentumsrechte in der Landwirtschaft. Eschborn.

Moraga Rojel, J. R. (1997). Impacto de la moderna biotecnología agrícola en la difusión del conocimiento. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 1, 25–35.

Neeson, J. M. (1993). *Commoners: Common right enclosure and social change in England 1700 - 1820*. Cambridge: Cambridge Univ. Pr.

Nelson, R. R. (2005). Linkages between the market economy and the scientific commons. En K. E. Maskus y J. H. Reichman (Eds.), *International Public Goods and Transfer of Technology under a globalized Intellectual Property Regime* (pp. 114–121). Cambridge: Cambridge University Press.

Niemann, I. (2008). *Geistiges Eigentum in konkurrierenden völkerrechtlichen Vertragsordnungen: Das Verhältnis zwischen WIPO und WTO/TRIPS*. Berlin, New York: Springer. Recuperado de https://academic.oup.com/ejil/article/19/2/452/407774

O'Malley, (2006). *Riesgo, Neoliberalismo y Justicia Penal.* Buenos Aires: Ad-Hoc.

Pahlow, L. (2008). *Grundlagen und Grundfragen des Geistigen Eigentum: Zur Einführung.* En J. Eisfeld y L. Pahlow (Eds.), Grundlagen und Grundfragen des geistigen Eigentums (pp. 1–5). Tübingen: Mohr Siebeck.

Papa Francisco (2015), Carta Encíclica Laudato Si, Roma: Vaticano. Recuperado de http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html

Pogge, T. y Pins, M. (2007). *Weltarmut und Menschenrechte: Kosmopolitische Verantwortungen und Reformen. Kosmopolitische Verantwortungen und Reformen*. Berlin: De Gruyter.

Polanyi, K. (1977). *The great transformation: Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen.* Wien: Europa Verlag.

Poltermann, A. (2009). Die Wissenschaftsallmende: Vom Urheberrecht zu Open Access. En S. Helfrich (Ed.), *Wem gehört die Welt.Zur Wiederentdeckung der Gemeingüter* (pp. 183–189). München: oekom Verlag.

Potrykus, I. (2000). The Golden Rice "Tale." *AgBioView*.

Pressler, U. (2008). Patente als Standortfaktor: Patente im Bereich Biotechnologie. En O. Depenheuer y K.-N. Peifer (Eds.), *Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel.Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung* (pp. 41–46). Berlin; Heidelberg: Springer.

Rai, A. K. (2005). Propietary rights and collective action: The case of biotechnology research with low commercial value. En K. E. Maskus y J. H. Reichman (Eds.), *International Public Goods and Transfer of Technology under a globalized Intellectual Property Regime* (pp. 288–306). Cambridge: Cambridge University Press.

Rapela, M. Á. (2000). *Derechos de propiedad intelectual en vegetales superiores*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

RICYT, Red de Indicadores de Ciencia y Tecnología -Iberoamericana e Interamericana. (2010), Recuperado de http://db.ricyt.org/query/AR,BO,BR,CA,CL,CO,CR,CU,EC,ES,GT,MX,PA,PT,PY,SV,US,UY,AL,IB/1990%2C2010/GASIDSFPER

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

Rifkin, J. (2000). *La Era del Acceso: La revolución de la nueva economía. La revolución de la nueva economía.* Buenos Aires, Paidos.

Rott, (2002). *Patentrecht und Sozialpolitik unter dem TRIPS-Abkommen*. Baden-Baden: Nomos.

Safrin, S. (2004). Hyperownership in a Time of Biotechnological Promise: The International Conflict to Control de Bulding Blocks of Life. *American Journal of International Law*. 98(4), 641–685.

Schenek, M. (1995). *Das Gentechnikrecht der Europäischen Gemeinschaft: Gemeinschaftliche Biotechnologiepolitik und Gentechnikregulierung.* Berlin: Duncker und Humblot.

Schneider, J. (2006). *Menschenrechtlicher Schutz geistigen Eigentums: Reichweite und Grenzen des Schutzes geistigen Eigentums gemäß Artikel 15 Absatz 1 lit. c) des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*. Stuttgart: Boorberg.

Schneider, I. (2010). *Das europäische Patentsystem: Wandel von Governance durch Parlamente und Zivilgesellschaft*. Frankfurt am Main: Campus-Verlag.

Schutter, O. de. (2009). *Seed policies and the right to food: enhancing agrobiodiversity and encouraging innovation: Report of the Special Rapporteur on the right to food*.

Sebald, G. (2008). *Offene Wissensökonomie: Analysen zur Wissenssoziologie der Free/Open Source-Softwareentwicklung*. Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss.

Seiler, A. (2000). *Die Bestimmungen des WTO-TRIPS-Abkommens und die Optionen zur Umsetzung des Art . 27 . 3 (b): Patente, Sortenschutz, Sui Generis.* Frankfurt a. M: GTZ.

Sell, S. K. (2003). *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights.* Cambridge: Cambridge University Press.

Shand, H. (1997). *Human Nature*. Canada: RAFI.

Shiva, V. (2006). *Erd-Demokratie: Alternativen zur neoliberalen Globalisierung.* Zürich: Rotpunktverlag.

Shiva, V. (2010). B*iopirateria: El saqueo de la naturaleza y el conocimiento.* Brooklyn: South End Press.

Shiva, V. (2011). *Die Kontrolle von Konzernen über das Leben*. Ostfildern: Cantz Verlag.

Sousa Santos, B. de. (1998). *La Globalización del Derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación.* Santa Fe de Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Sousa Santos, B. de. (2004). *Das Weltsozialforum: Auf dem Weg zu einer gegen-Hegemonialen Globalisierung*. Kritische Interventionen, 9, 135–182.

Sousa Santos, B. de. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Development and Change. Montevideo: Trilser.

Sozzo, G. (2009). El Arca Cultural: entre lo Público y lo Privado, un Proyecto Democratizador de la Propiedad Privada. En G. et. al. Sozzo (Ed.), *La protección del patrimonio cultural* (pp. 11–56). Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral.

Sozzo, G. (2007). Introducción - Los riesgos como problema. En G. Sozzo (Ed.), *El Gobierno de los Riesgos* (pp. 13–20). Santa Fe: Ediciones UNL.

Stremmel, D. (2004). *Geistige Eigentumsrechte im Welthandel: Stellt das TRIPs-Abkommen ein Protektionsinstrument der Industrieländer dar?* Göttingen.

Swanson, T. M., y Goeschl, T. (2005). Diffusion and distribution: The impacts on poor countries of technoogical enforcement within the biotechnology sector. En K. E. Maskus y J. H. Reichman (Eds.), *International Public Goods and Transfer of Technology under a globalized Intellectual Property Regime* (pp. 669–694). Cambridge: Cambridge University Press.

Teubner, G. (2010). Justicia autosubversiva: ¿Fórmula de contingencia o de trascendencia del derecho? *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, 44, 217–248. Recuperado de http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/505

Tripathi, R. (2000). Implications of TRIPs on livelihoods of poor farmers in developing countries.

Troitzsch, U. (2004). Erfinder, Forscher und Projektemacher. En R. van Dülmen y S. Rauschenbach (Eds.), *Macht des Wissens. Die Entstehung der modernen Wissensgesellschaft* (pp. 439–464). Köln; Weimar; Wien: Böhlau.

van Caenegem, W. (2002). The Public Domain: Scientia Nullius? *European Intellectual Property Review,* 24, 324–330. Recuperado de https://research.bond.edu.au/en/publications/the-public-domain-scientia-nullius

van Dülmen, R., y Rauschenbach, S. (2004). Einführung. En R. van Dülmen y S. Rauschenbach (Eds.), M*acht des Wissens. Die Entstehung der modernen Wissensgesellschaft* (pp. 1–12). Köln; Weimar; Wien: Böhlau.

Wielsch, D. (2008). *Zugangsregeln: Die Rechtsverfassung der Wissensteilung*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Winter, L. (2010). Cultivating Farmers' Rights: Reconciling Food Security, Indigenous Agriculture, and TRIPS. *Vanderbilt Journal of Transnational Law,* 43, 223–254. Recuperado de https://www.vanderbilt.edu/wp-content/uploads/sites/78/Winter_camera_ready_final.pdf

York Akers, D., y Ecer, S. (2009). The TRIPS Agreement and Its Effects on the R&D Spending of US-Owned Multinational Companies in Developing Countries. *Journal of World Trade*, 43(6), 1173–1192.

Zeeb, M. (1996). Intellectual property protection and the globalization of the world economy. *Intereconomics*, 31(1), 21–26.

Ziai, A. (2008). Demokratie in den Nord-Süd Beziehungen: Politische Konzequenzen theoretischer Entscheidungen. En M. Biegi (Ed.), *Demokratie, Recht und Legitimität im 21. Jahrhundert* (1. Aufl, pp. 211–227). Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss.

Notas

[1] Investigadora postdoctoral Universidad Católica de Santa Fe - CONICET. Doctora en Derecho (Universidad de Bremen, Alemania), Máster en Derecho – LLM (Universidad de Friburgo, Alemania), Abogada (UNL, Argentina), Mediadora. Directora del Proyecto de Investigación: “Derechos Humanos y Desarrollo”, UCSF, Argentina. Docente UCSF, Santa Fe, Argentina. Líneas de investigación: Derechos humanos y economía. Pluralismo jurídico. Normas de acceso y derechos humanos. Modelos de Desarrollo y Democracia.

[2] Los primeros registros de patentes datan del año 1443, en Venecia. En Gran Bretaña aparecen recién en 1624, en Estados Unidos en 1790 y en Francia en 1791. Conf. Busaniche, 2007, 27; Schneider, 2010, 105; Godt, 2007, 383; Díaz Rönner, 2004, p 4; Sebald, 2008, 221-222; Chapman, 2001, 7; Frein, 2009, 4.

[3] Tales desarrollos teóricos abarcan un espectro narrativo muy amplio, desde teorías de justificación de los monopolios artificiales hasta los discursos del derecho natural. Para una aproximación más exhaustiva cf. Pahlow, 2008, 2; Kraßer/Bernhardt, 2009, p.2.1; Schneider, 2010, 105; Barton, 2004, 60; Ahrens, 2008, 14; Cabanellas, 2004, 37; Klippel, 1993.

[4] Si bien la propiedad intelectual abarca tanto la propiedad industrial como los aspectos patrimoniales y extrapatrimoniales de los derechos de autor, este trabajo analiza sobre todo en el proceso de mercantilización del conocimiento, y por ello se enfoca principalmente al contenido patrimonial de la propiedad intelectual, dejando de lado el complejo proceso paralelo que sufrió el ámbito de los derechos de autor. Justamente por la complejidad particular de este

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

proceso se esquiva incluso lo referente al contenido patrimonial de los derechos de autor –que efectivamente también tuvo que ver con la mercantilización del conocimiento–, para abocarse casi exclusivamente a la propiedad industrial.

[5] Se trata de iniciativas de gestiones del conocimiento que favorecen su acceso abierto. Conceptualmente se puede diferenciar entre iniciativas *Open Access*, que tienen que ver con el acceso libre a informaciones; *Oppen Source*, que se refieren a los códigos abiertos, particularmente en materia de software y *Oppen Content*, que abarcan el acceso abierto a contenidos como imágenes y textos (Bosshart, 2012, 48 ss.; Poltermann, 2009, 187).

[6] *Wikipedia* es una enciclopedia virtual de contenido libre, *que todos pueden editar* (wikipedia.org).

[7] La concepción del derecho como una institución humana (Ciaramelli, 2009, 11), como un producto cultural similar al lenguaje (Mattei, 2013, 71), procura deconstruir el *mito* del derecho como realidad objetiva, fija y dada, reflejo de un orden natural, a partir de su consideración como producto humano, cultural, con un horizonte histórico-social. Se prefiere evitar las corrientes que lo comprenden como una tecnología humana (O'Malley) o un dispositivo; pues estos conceptos, análogos al de herramienta, implican un carácter mecánico, que de alguna manera reduce y simplifica la realidad compleja y viva del derecho. En efecto, la concepción del derecho como *praxis* cultural, compleja y holística, busca retomar la dinámica pluralista del derecho vivo, como bien común (Mattei, 2013, 71). El concepto de *praxis* pone el acento en su carácter vivo, dinámico, no cristalizable definitivamente en una norma (Teubner, 2010, 226). Por eso, el derecho tiene un carácter dual, si bien implica el establecimiento de normas institucionalizadas, tanto ese establecimiento como su aplicación y desarrollo ocurren – acontecen - como una *praxis* humana que escapa a tales instituciones jurídicas. Este carácter práctico – acontecimiental – del derecho es decisivo para resaltar su coyunturalidad, en tanto expresa una creatividad concreta y actual de cada hecho jurídico (Ciaramelli, 2009, 6).

[8] El Acuerdo ADPIC (conocido como TRIPs por su abreviatura del inglés *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) fue firmado en el ámbito de la OMC en 1994, durante las negociaciones de la Ronda

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

Uruguay, entró en vigencia en 1995 y es el principal instrumento internacional vigente en materia de PI. Contiene disposiciones en materia de patentes, derechos de autor, marcas, indicaciones geográficas y secretos comerciales (Cullet, 2004, 23; Hahn, 2004, 149; Haugen, 2007, 75; Haedicke, 2011, 113; Rott, 2002, 79; Kewitz, 2008, 38).

[9] Para profundizar en la problemática de la aplicación de este artículo cf. Cabanellas, 2004, 294; Rott, 2002, 189 ss.; Barton, 2004, 173; Godt, 2007, 395; Schutter 2009, n. 12; Goebel, 2001, 178; Leskien/Flitner, 1997, 26 ss.; Haugen, 2007, 35 y 265; Cullet, 2004, 35; Hahn, 2004, 151; Khor, 2003, 37; Winter, 2010, 234; Martinolich, 2006, 17.

[10] Polanyi explica cómo el suelo, a través de su cercamiento y comercialización, el trabajo, a través de la proletarización y el dinero, a través del mercado financiero, fueron transformados por el mercado autorregulado en mercancías *ficticias* –en tanto *mercancías* serían en realidad sólo las cosas producidas especialmente para su comercialización– (1977, 99).

[11] En la Edad Media la tierra pertenecía al señor feudal y no era considerada un bien de intercambio económico, sino más bien de convenios matrimoniales. Se llamó *enclosures* (cercamientos) al movimiento que comenzó en el siglo XIII en Europa con la disolución de los señoríos feudales y se acentuó entre 1750 y 1850 en Inglaterra con la parcelación de las tierras comunes de los campesinos para su adjudicación privada, tornándolas susceptibles de comercialización (Neeson, 1993, 15 ss.; Collart Dutilleul, 2011, 6; Helfrich, 2009, 13; Boyle, 2003). Con este proceso originario de privatización surgió a su vez la concepción moderna de propiedad, que distingue entre dominio público y privado (Sozzo, 2009, 14; Polanyi, 1977, 94).

[12] "*Todo lo producido por manos humanas bajo el sol es patentable*". En este sentido se pronunció la Corte Suprema estadounidense en un fallo del año 1980, refiriéndose a la voluntad del Parlamento al regular los organismos vivos como objetos susceptibles de patentabilidad (Diamond c. Chakrabarty – 447 U.S. 303 (1980); Rapela, 2000, 126; Hahn, 2004, 137; Barton, 2004, 104; Beier/Crespi/Straus, 1986, 22).

[11] Sobre la propiedad intelectual como extensión de la propiedad privada cf.

Engartner, 2008, 92; Correa et. Al, 2005, 55.

[12] Normativamente, estos criterios se encuentran reflejados de forma articulada en el Art. 7 del Acuerdo ADPIC que expresa que "*la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones*".

[13] Estos riesgos, es decir los que provienen del accionar humano, a través de la ciencia, de la técnica, surgen a partir de efectos indeseados o inesperados de los avances tecnológicos. El concepto es desarrollado en oposición a la idea de riesgos de la naturaleza, y pone en cuestión el paradigma optimista de la ciencia, en cuanto hace hincapié en que los avances científicos y tecnológicos además de soluciones, implican a menudo también riesgos. Como ejemplo pueden citarse las crisis en el ámbito de la producción de alimentos, como la Encefalopatía esponjiforme bovina, conocida como el mal de la vaca loca, la contaminación de aceite de canola en España, o la crisis de la Esterichia Coli Enterohämorragica (también conocida como crisis del pepino español, aunque se trataba de brotes de soja alemanes contaminados), las catástrofes en Fábricas como Bophal y Seveso, Catástrofes atómicas como Tchernobyl o Fukushima o las mareas negras. Todos estos riesgos tienen que ver con la ciencia o la tecnología, y la incerteza que los distingue pone en cuestión las ventajas de la ciencia (Sozzo, 2007).

[14] Se utilizan estas expresiones –la primera retomada por el papa Francisco en Laudato Si (2015), la segunda postulada por Bruno Latour (2012)– para referirse a una convivencia entre "todo lo creado", que abarque humanos y no humanos. Se evita así el término convivencia social, el cual presupone la dicotomía moderna naturaleza-sociedad, y que contribuye a la objetivación –de la cual también forma parte la ciencia y la academia - de lo no-humano, convirtiéndolo en recurso y de esta manera en mercancía. (cf. Bonet de Viola, 2017b).

[15] Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: Organismo descentralizado de Naciones Unidas, creado con la Convención de Estocolmo, en 1967.

[16] Las primeras negociaciones en materia de propiedad intelectual datan del año 1851 y condujeron a la firma del *Convenio de París para la protección de la Propiedad Intelectual* en el año 1883, el cual sobre todo reunió a países industriales. Ecuador y Guatemala, que fueron miembros fundadores, salieron en 1886 y 1887 respectivamente. El Convenio no establecía estándares internacionales ni la obligación de incorporar un sistema de patentes; sólo planteaba el principio del trato nacional (Art. 2) y permitía la exclusión de ámbitos complejos como la biotecnoogía de la patentabilidad. Sin embargo, sus revisiones fueron incorporando estándares mínimos, sobre todo en materia de Marcas. Cf. Rott, 2002, 68; Cabanellas, 2004, 87; Schneider, 2010 105; Hahn, 2004; 148; CDIP, 2010, n. 15.

[17] El PCT (del Inglés *Patent Cooperation Treaty*) incorporó a partir de 1970 simplificaciones en los procedimientos de obtención de patentes, en cuanto facilitó la presentación de solicitudes de patentes con efectos en todos los países miembro. Aunque no contiene requisitos de patentabilidad, tuvo en la práctica un efecto armonizador, ya que muchos estados luego de su entrada en el PCT subieron sus estándares de protección (Rott, 2002, 68; Schneider, 2010, 106; Barton, 2005; 620).

[18] La OMC es una organización internacional, independiente del sistema de Naciones Unidas, fundada en 1994 en el ámbito de las negociaciones del GATT (del inglés *General Agreement on Tariffs and Trade:* Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) en Uruguay.

[19] Se refiere al nombre informal de la Sala de Conferencias del Director General de la OMC. Se utiliza para reuniones de 20 a 40 delegaciones, generalmente de los jefes de delegación (https://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/green_room_s.htm).

[20] Una de las cláusulas ADPIC-Plus más comunes es la determinación de la versión de 1991 del Convenio de la UPOV como “sistema *sui generis* efectivo” de protección de las obtenciones vegetales según el inciso 3.c del Art. 27 del Acuerdo ADPIC. Ello implica a menudo un aumento del estándar de protección de las obtenciones vegetales, en tanto muchos países mantienen como vigente la versión de 1978 del Convenio de la UPOV, que incorporaba una mayor flexibilidad de la protección en beneficio tanto de los investiga-

dores como de los campesinos (Rapela, 2000, 35; Fricke, 2011, 33; Khor, 2003, 81; Shand, 1997, 26).

[22] WTO Dispute Settlement Body, Minutes of Meeting, WT/DSB/M/26, 15/01/997.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a2

Doctrina

Vicent Giménez Chornet[✎]

Buen Gobierno. Criterios innovadores de la Generalitat Valenciana

Good Government. Innovative Criteria of the Generalitat Valenciana

Bom governo. Critérios inovadores da Generalitat Valenciana

Resumen: *La corrupción política y la falta de confianza de los ciudadanos con sus gobernantes en España han propiciado que se publiquen códigos de buen gobierno. El código de buen gobierno valenciano nace en el contexto de la falta de credibilidad de los políticos, y para dar una solución se proponen, entre otros, aspectos innovadores estrechamente relacionados con casos de corrupción económica, transparencia en los actos de gobierno, o comportamiento aconfesional en una sociedad multicultural.*
Palabras Clave: *buen gobierno, transparencia, responsabilidad pública, generalitat valenciana.*

Abstract: *Political corruption and lack of confidence of citizens with their government in Spain has caused that codes of good governance are published. The code of good Government of Valencia born in the context of the lack of credibility of politicians, and to give a solution proposed, among others, innovative aspects tightly related to cases of economic corruption, transparency in government acts, or non-denominational behaviour in a multicultural society.*
Keywords: *good government; transparency; public accountability; generalitat valenciana.*

Resumo: *A corrupção política e a falta de confiança dos cidadãos com seus líderes na Espanha levaram à publicação de códigos de boa governança. O código*

✎ Profesor Titular Universidad Politécnica de Valencia. España.
http://www.vicentgimenez.net/
✉ *vigicho@har.upv.es*

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a3

de boa governança valenciano nasceu no contexto da falta de credibilidade dos políticos e, para fornecer uma solução, eles propõem, entre outros, aspectos inovadores intimamente relacionados a casos de corrupção econômica, transparência em atos governamentais ou comportamento não-confessional. em uma sociedade multicultural.

Palavras-chave: *bom governo; transparência; responsabilidade pública; Generalitat valenciano.*

Recibido: 20171215
Aceptado: 20180313

Introducción

La demanda de transparencia por los ciudadanos ha contribuido a difundir asuntos que ponen en debate público las acciones de los gobiernos. Los casos WikiLeaks o de Edward Snowden, sobre revelación de acciones gubernamentales, de los que hay un amplio debate sobre su legalidad y sobre su comportamiento ético, han sensibilizado a la población sobre el buen gobierno de los representantes políticos elegidos democráticamente en sociedades avanzadas. No cabe duda de que para un buen funcionamiento de lo público debe haber un equilibrio entre la transparencia, la rendición de cuentas, la confidencialidad y la privacidad (Goede, 2014).

Aunque los legisladores españoles utilizan indistintamente el vocablo gobierno y gobernabilidad para identificar contextos idénticos, la literatura diferencia estos conceptos. Gobierno se refiere a quién tiene el poder, quién toma las decisiones; mientras que gobernabilidad y buen gobierno se refieren a gobernar de acuerdo con ciertos valores y principios relacionados con un sistema de controles y contrapesos. Según las Naciones Unidas, un buen gobierno reúne las siguientes características: a) Participación: el grado de intervención de todos los interesados; b) Decencia: el grado en que la formación y gobierno de las normas se realiza sin perjudicar o causar agravio a las personas; c) Transparencia: el grado de claridad con que se toman las decisiones; d) Responsabilidad: la medida en que los actores políticos son responsables ante la sociedad por lo que dicen y hacen; e) Equidad: el grado en el cual las normas se aplican por igual a todos los miembros de la sociedad; f) Eficiencia: el grado en que se aplican los recursos humanos y financieros limitados sin desperdicio, retraso o corrupción, o sin menoscabo de las generaciones futuras (Naciones Unidas, 2008).

Otro concepto que se relaciona con el buen gobierno es el de gobierno abierto, pero no se les puede considerar como conceptos sinónimos. El gobierno abierto implica, entre otros aspectos, las acciones de participación, colaboración y apertura. Es otro aspecto para alcanzar una sociedad más

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a3

democrática. Por ello también se le define como "la capacidad que los ciudadanos tienen en una democracia para sostener un Gobierno plenamente responsable por sus acciones y para evaluar la validez de las medidas que adopta" (Ramírez-Alujas, 2011). Un problema ético relacionado con el buen gobierno es el de la confianza en los políticos y en su actividad. La frecuencia de la corrupción y las acciones poco éticas aumentan la desconfianza en las organizaciones e instituciones, y si las personas no están satisfechas con el gobierno la insatisfacción puede extenderse a otros muchos aspectos (Salminen, 2010). La confianza de los ciudadanos en su gobierno mantiene la democracia efectiva (Lewis, 2005, p. 21).

Recientemente, con las TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación), se sugiere un gobierno centrado en el ciudadano acompañado por una implantación de la administración electrónica, por ofrecer información en línea y, en general, por dar servicios electrónicos a los ciudadanos (Sornin, K., 2015). En los países en vías de desarrollo el buen gobierno está relacionado con las políticas que permitan una transformación económica para salir de altos estándares de pobreza, para superar las restricciones que limitan la adquisición de tecnología, para solucionar problemas de asignación de recursos tales como la tierra, o incluso para mantener una estabilidad política dentro de unos límites aceptables (Khan, M., 2012).

En nuestro caso, en el ámbito de la Unión Europea, como menciona el preámbulo del decreto valenciano de la Conselleria de Transparencia, el buen gobierno parte del derecho a una buena administración, y está relacionado con el "establecimiento de mecanismos eficaces de control del poder y de ética pública" como elementos para prevenir la corrupción de los gobernantes y para generar una relación de confianza entre la ciudadanía y las instituciones (Comunidad Valenciana, 2016).

La Ley 19/2013 española, de 9 de diciembre, que regula el buen gobierno (España, 2013), delimita el ámbito de aplicación a la Administración General del Estado, concretamente señala que "se aplicarán a los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal", aplicable también a las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales. No hay mención de que la ley se pueda aplicar a los órganos del poder legislativo o judicial. Como ha señalado Emilio Guichot (2014) la tramitación de esta ley

ha despertado un gran interés tanto por los partidos políticos como por la ciudadanía, que se ha extendido a la prensa, a organizaciones no gubernamentales e incluso al mundo académico. A. Descalzo (2014) indica que, en el ámbito de la buena gobernanza económica, la doctrina identifica cuatro principios, la independencia, la rendición de cuentas, la transparencia y la integridad, y que la ley española "no recoge normas sobre la organización y funcionamiento de la entidad donde desarrollan su actividad los responsables políticos" y, mencionando el Código Iberoamericano de Buen Gobierno, señala también como principios los de objetividad, tolerancia, integridad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, igualdad de género, protección de la diversidad étnica y cultural, y protección del medio ambiente. Descalzo opina que la ley española "parte de un conjunto de principios generales y de actuación para los responsables públicos que se traduce luego, en la realidad de las cosas, en un derecho sancionador que atiende a razones diversas" enfatizando que "no parece que deba identificarse el buen gobierno, sólo y exclusivamente, con el Derecho disciplinario". Descalzo también señala, en el ámbito de aplicación, la poca claridad en separar Gobierno y Administración General del Estado, ya que "son dos piezas distintas dentro del Poder Ejecutivo y es el primero el que dirige a la segunda y, por tanto,… no cabe realizar aquí una total equivalencia entre la función de dirección política y la función administrativa".

El origen del Código de Buen Gobierno se encuentra en el mandato de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana, que estable en su artículo 27.1 que el Consell aprobará un código de buen gobierno basado en los principios recogidos en esta ley (Comunidad Valenciana, 2015). El 15 de marzo de 2015 la Conselleria de Transparencia elabora un informe sobre el impacto de género del proyecto del Código, señalando que éste es exigible a las personas integrantes del Consell, a las personas titulares de las secretarías autonómicas, subsecretarías, direcciones generales y órganos o centros directivos cuyo nombramiento competa al Consell, así como a las personas que desempeñen cargos directivos y funciones ejecutivas asimilables en las organizaciones del sector público instrumental de la Generalitat, como sociedades mercantiles, empresas públicas, fundaciones públicas y consorcios dependientes de la Generalitat, resolviendo que el futuro Código promueve la igualdad entre sexos, ya que establece que las personas incluidas en el ámbito de

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a3

aplicación impedirán cualquier actuación que pueda producir discriminación (raza, sexo, religión, lengua, opinión, orientación sexual o por cualquier otra circunstancia personal, política o social) y, además, contempla que las actuaciones se caracterizarán por la protección a la diversidad (sexual, o de cualquier manifestación cultural, política o social), siempre que estas manifestaciones sean respetuosas con los Derechos Humanos y no se utilicen medios violentos, y que promoverán la igualdad efectiva de hombres y mujeres (Conselleria de Transparència, 2015a). El 24 de julio de 2015 una resolución del conseller de Transparència dictamina iniciar el procedimiento de elaboración del Decreto del Consell para que se apruebe el Código Ético y de Buen Gobierno de la Generalitat Valenciana, y, el 20 de octubre de 2015, la directora general de Transparencia informa sobre la necesidad de dicho Decreto, que "se basa en los principios de actuación de compromiso con los valores democráticos y sociales; integridad y servicio al interés general; sobriedad; ejemplaridad y buena fe; economía, eficacia y eficiencia en la gestión pública; transparencia; y responsabilidad y colaboración" (Conselleria de Transparència, 2015b), y también informa de que no supondrá un incremento económico en el gasto de la administración de la Generalitat. En el trámite de información pública, llevado a cabo a finales de octubre de 2015, se sugirieron trece propuestas, entre ellas destacamos la referida a la aconfesionalidad, donde se proponía que se eliminase el párrafo: "Las personas sujetas al Código procurarán que las instituciones o corporaciones a las que pertenecen se abstengan, corporativamente, de participar en las presidencias de actos religiosos. Sólo podrán participar en estos actos en caso de que, por razones históricamente consolidadas, tengan un valor cultural asumido comunitariamente que trascienda a su origen religioso", porque vulneraba la libertada religiosa. La respuesta de la Conselleria de Transparencia hace hincapié en que este artículo no entra en conflicto con la libertad religiosa, y que la intención es que la actuación de los poderes públicos corresponda a la de un estado constitucionalmente no confesional. Surgieron otros temas como una supuesta discriminación del castellano, el derecho de acceso a la información pública, o que personas invitadas a actos institucionales, que no pertenecen a la función pública, deban acreditar una titulación académica reglada. Todos ellos se desestimaron por no considerarlos procedentes o ya estar resueltos en los actos de transparencia pública. Tras diferentes informes preceptivos, el dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Generalitat Valenciana, de abril de 2016, señala que la norma proyectada es una declaración de principios sobre las conductas que deberá seguir el cargo público que resultan redundantes, pues en parte ya están de-

terminadas en el texto constitucional, y que "en la medida que la norma proyectada realiza una selección de los principios y valores constitucionales, e incluso los interpreta para su aplicación por los cargos públicos, se excede en tal interpretación en la medida que no son las normas reglamentarias las llamadas a efectuar tal labor interpretativa" (Conselleria de Transparència, 2016), también indican que debería haber una conceptualización previa de términos que requieren una definición para el entendimiento común, como los términos "cultura de la responsabilidad social" o "voluntariado cívico", e incluso "paraísos fiscales", finalizando con una serie de recomendaciones en su redacción, para aprobar, en conclusión, el proyecto de Decreto sobre el Código de Buen Gobierno.

Si bien el Código del gobierno autonómico valenciano busca que quienes ejerzan el poder ejecutivo se rijan por la ejemplaridad de comportamiento, hay que señalar la inclusión de artículos que hacen referencia a aspectos legales ya establecidos y regulados anteriormente. En este sentido, el incumplimiento de la ley o cometer delitos ya tipificados en el Código Penal, o en otras leyes, no es novedoso en este Código. Lo que sí es novedoso, y queremos analizarlo en el contexto valenciano y español, son aspectos de compromisos éticos, o compromisos éticos relacionados en el contexto normativo español, que dan valor añadido al Código de Buen Gobierno para el gobierno de la Comunidad Autónoma Valenciana.

Objetivos y ámbito de aplicación del Código

Si bien en el articulado se ha confundido objeto con objetivos (El artículo 1 menciona que "el presente decreto tiene como objeto", lo que en realidad es una relación de objetivos.), podemos considerar que el objeto es el buen gobierno de la Generalitat Valenciana y la confianza de los ciudadanos con sus gobernantes, y para asegurar que este objeto sea de la mejor calidad posible el Código tiene como objetivos establecer los criterios y normas de conducta que deberán observar las personas incluidas en el ámbito de aplicación, con la finalidad de favorecer el desarrollo de unas instituciones y una administración transparente, democrática, eficiente, que, en definitiva, genere confianza a los ciudadanos y mejore en calidad democrática. Para ello el Código tiene también como objetivo regular un "Registro de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales de Altos Cargos de la Administración de la Generalitat y de su Sector Público Instrumental" como forma de obte-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a3

ner datos objetivos para saber si durante el ejercicio del cargo ha habido un enriquecimiento anómalo.

El ámbito de aplicación del decreto se limita a las personas del Consell y altos cargos de la administración pública valenciana, y deja a voluntad que otros organismos significativos valencianos lo apliquen, como es en los casos de los miembros de les Corts, el Síndic de Greuges, la Sindicatura de Comptes, el Consell Valencià de Cultura, la Acadèmia Valenciana de la Llengua, el Comité Econòmic i Social, el Consell Jurídic Consultiu, las corporaciones locales —los ayuntamientos— y las universidades públicas.

Evidentemente, es deseable que las normas de conducta establecidas en el Código —el legislador ya especifica que son mínimas y cualquiera se puede adherir añadiendo más normas— se generalicen al resto de organismos, dado que la ética de buen gobierno afecta a toda persona que desarrolla una actividad para la *res publica*.

Criterios innovadores del Código

Como hemos mencionado, los aspectos ya regulados por otras normas españolas, algunas de rango constitucional (como la no discriminación por razón de sexo, nacimiento, religión, opinión, etc.) no vamos a señalarlos. Vamos a analizar los aspectos innovadores, en parte promovidos para dar respuesta a los recientes casos de corrupción valencianos y españoles que se difunden en los medios de comunicación, y que afectan gravemente al nivel de confianza que tiene la ciudadanía con sus políticos, presuntamente implicados en esta corrupción, según datos del CIS (Centro de Investigaciones Sociológicas) de abril de 2016 (CIS 2016).

Igualdad de género

Desde el enfoque de una desvalorización del trabajo de la mujer, a lo largo de la historia no ha habido un reconocimiento y ha sido escasa la valoración social de los trabajos desempeñados por estas (Marcos Santiago, 2009). En el sistema democrático, uno de los temas que más afecta es el de la participación de las mujeres en la política, para que exista una inclusión de toda la sociedad, y que cada mitad de la población esté adecuadamente representada en los procesos de toma de decisiones. Una de las cuestiones que pueden ayudar a

solucionar la diferencia social en la participación política es la misma regulación de la financiación de los partidos. En Costa Rica y otros países latinoamericanos han sido medidas legislativas adoptadas para fomentar la participación política de las mujeres mediante asignación de fondos públicos para la captación de lideresas y la promoción activa de la mujer en la actividad política (Ferreira Rubio, 2015).

Si bien a nivel legal ya se ha considerado que el "derecho fundamental de la igualdad de mujeres y hombres constituye un valor fundamental para la democracia y es una necesidad esencial en una sociedad democrática moderna que desea erradicar el sistema patriarcal androcéntrico y sexista" y se han regulado leyes a nivel estatal, la última hace pocos años (España, 2015), la innovación del decreto valenciano es constatar una actitud positiva, que los gobernantes "promoverán la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y removerán en el ámbito de sus competencias cualquier obstáculo que pueda dificultar la consecución de este objetivo", propiciando en su gestión el desarrollo de prácticas de democracia paritaria y el uso del lenguaje inclusivo.

Aconfesionalidad

El nepotismo y el favoritismo puede llegarse a practicar, no con los intereses del propio funcionario, sino con los intereses de su entorno, entre los cuales está el de ser miembro de un determinado grupo religioso (Salminen, 2010). Se ha señalado la sinrazón de la fe religiosa, destacando la necesidad urgente de reemplazarla por un conjunto de valores basados en la razón, la reflexión y la simpatía, proponiendo devolver la religión a una actividad privada en lugar de mantenerla en el reconocimiento público; dejar de promover la religión y segregarla en la educación, manteniendo el rigor intelectual en la educación (Dennis, 2009).A pesar de que la Constitución Española garantiza en el artículo 16.3 que "ninguna confesión tendrá carácter estatal" la realidad de los gobernantes políticos es que han mantenido la tradición de participar en actos de carácter religioso. Una tradición que se puede remontar a siglos atrás, y no sólo a la época de la dictadura franquista, cuando el poder político compartía actos con el poder religioso, concretamente con la iglesia católica, para mostrar su implicación en dichos eventos a la ciudadanía. La innovación reside en el artículo 11 del decreto que establece que las "personas sujetas al presente Código no estarán obligadas en ningún caso a participar en actos religiosos en la condición de su cargo. Su asistencia a estos será a título indivi-

dual, en ejercicio del derecho de libertad religiosa" señalando también que las "personas sujetas al Código procurarán que las instituciones o corporaciones a las que pertenecen se abstengan, corporativamente, de participar en las presidencias de actos religiosos" dejando a la consideración de los gobernantes que por motivos históricamente consolidados, o porque tengan un valor cultural asumido comunitariamente que trascienda a su origen religioso, puedan participar en dichos actos. La ley estatal de 19/2013, de 9 de diciembre, no hace ninguna referencia a prácticas aconfesionales, y en cuanto a la religión solamente indica en el artículo 29, sobre infracciones disciplinarias, como infracción muy grave la discriminación por razones religiosas.

Cambio climático

La producción de alimentos es uno de los factores que influyen en el cambio climático por la emisión de gases contaminantes o uso de productos tóxicos. Se pueden señalar unas diferencias entre los países desarrollados, donde una gran parte de las emisiones son producidas por actividades de distribución y consumo (como empaque, transporte, refrigeración y desperdicio de alimentos), y los países en desarrollo, donde la mayor parte de las emisiones está asociada a cambios en el uso de la tierra inducidos en la agricultura (Sodano, 2013).

La adaptación de las organizaciones al cambio climático se basa, en parte, en la elección óptima entre un conjunto de alternativas cuyos costes y beneficios son identificados (Orsato, 2017). Se han realizado estudios científicos sobre el cambio climático y se ha reiterado sobre la necesidad de un mayor compromiso y más medios de acción de los gobiernos para hacer frente a las amenazas que plantea el cambio climático, especialmente en los países en vías de desarrollo que no disponen de los medios y recursos tecnológicos para protegerse de fenómenos climáticos extremos (Leal-Filho, 2014), pero escasamente se ha dejado constancia de ello en un reglamento de buena conducta de los gobernantes. En este sentido el artículo 13 del Código sostiene que los altos cargos de la administración "promoverán, en su ámbito de actuación y en la toma de decisiones, políticas que contribuyan a la lucha contra el cambio climático, a la protección del medio ambiente y a la ordenación racional y sostenible del territorio, del paisaje y del patrimonio natural, histórico y cultural". La ley estatal de 19/2013 tampoco hace referencia al medio ambiente en el aspecto de conducta de buen gobierno, solamente se menciona como límite al de-

recho de acceso la información que suponga un perjuicio a la protección del medio ambiente.

Decisiones respaldadas científicamente

La abundancia de información no contrastada científicamente abunda en los medios de comunicación y pasan a ser tópicos admitidos por la sociedad y, también, por los políticos. Asuntos como la inocuidad de los transgénicos divulgada por científicos (Mulet, 2017) difícilmente llega a la sociedad o a los políticos que deben tomar decisiones trascendentes en su gobierno. En medicina existe la práctica basada en falsedades que se diseminan como verdad, que suelen tener origen en evidencias corruptas: evidencia que ha sido suprimida, ideada a partir de una ciencia sesgada intencionalmente, o que ha sido manipulada y/o falsificada, y luego publicada (Smith, 2017). La comprobación de una hipótesis de investigación en el ámbito de las ciencias sociales puede resultar más compleja, y las decisiones que se tomen en investigación social se pueden traducir en políticas públicas, que a veces no son consideradas en las agendas públicas de los gobiernos que se rigen, a veces, "por una lógica cortoplacista atada al interés electoral del tomador de decisiones" (Parra Bernal, 2013).

En ocasiones los gobernantes toman decisiones en base a presiones mediáticas que no tienen sustentabilidad científica. Tanto en alimentación, cambio climático, transgénicos, energías, etc., las declaraciones y acciones basadas en opiniones y no en argumentos científicos entorpece los avances de una sociedad sostenible y eficiente en calidad de vida y gobierno democrático. Para evitar declaraciones arbitrarias, el artículo 14 especifica que "siempre que sea necesario apoyarán sus decisiones y declaraciones en el conocimiento experto proporcionado desde el ámbito científico y técnico competente. En el ejercicio de responsabilidades públicas se abstendrán de defender opiniones subjetivas contrarias al conocimiento científico".

Cuentas opacas

Uno de los mayores escándalos emanados de la corrupción de los altos cargos de la administración ha sido el descubrimiento por periodistas de investigación, y no por los recursos gubernamentales de control de cuentas, de depósitos opacos en países que defienden el secreto bancario como principio

gubernamental. Ello ha permitido, y permite, que tanto delincuentes como gobernantes corruptos o gobiernos autoritarios (recordemos que Hitler no invadió Suiza, entre otras razones, porque necesitaba salvaguardar el oro extraído a los judíos depositado en los bancos suizos) depositen el dinero en estos "paraísos fiscales" cuyo principio es la opacidad, y como recurso para no realizar la declaración a la Hacienda Española.

Chirstensen (2011) sostiene que el fenómeno conocido como economía financiera extraterritorial comenzó a surgir después de la creación del Euromarket, con sede en Londres, a fines de la década de 1950, ocasionando que grandes sumas de capital financiero sean acumuladas por propietarios individuales y corporativos fuera del país de residencia (surge el transnacionalismo), con la característica de que este capital es administrado por especialistas financieros que operan desde una variedad de jurisdicciones (algunos son microestados), otros son territorios dependientes de países de la OCDE, pero todos ellos se establecen como paraísos fiscales, que se pueden definir como jurisdicciones autónomas o semiautónomas que ofrecen una combinación de regulación laxa, baja o impuestos nulos sobre los ingresos y el capital de los no residentes, instalaciones secretas para la propiedad bancaria o empresarial, y la ausencia de un intercambio de información efectivo con las autoridades de terceros países.

Por estos motivos el Código ha incorporado como novedad que las personas a las que afecta esta norma "no podrán ser titulares, cotitulares, usufructuarias o beneficiarias de cuentas en países o territorios que, según la normativa estatal o las organizaciones internacionales, tengan la calificación de paraísos fiscales", en su art. 19. El único problema que tiene la aplicación de este artículo es su eficiencia ¿cómo se puede saber si alguien tiene una cuenta en un paraíso fiscal si por principio es opaca? En todo caso es positiva su regulación para cuando haya constancia de tal circunstancia por quien lo investigue.

Publicidad partidista

Es habitual que los gobernantes utilicen su situación privilegiada para llevar a cabo acciones de publicidad personal en inauguraciones de instalaciones, e incluso al inaugurar partes de un proyecto para su publicidad personal de cara a unas elecciones, cuando están ejerciendo una responsabilidad polí-

tica a la ciudadanía en general. Diferentes puntos del artículo 21 prohíben o limitan esa publicidad personal, indicando que "se abstendrán de utilizar la comunicación publicitaria institucional para fines partidistas o como elemento de propaganda personal", estableciendo que "no promoverán en ningún caso la instalación de placas conmemorativas o similares que hagan referencia a las personas que, ejerciendo cargos públicos, hayan participado en la decisión de la construcción o de la puesta en marcha del servicio o semejante", señalando que "se abstendrán de participar en actos de inauguración de obras no finalizadas, de inauguración de servicios que no estén en funcionamiento o de colocación de primeras piedras o similares. Solamente podrán estar presentes en la puesta en funcionamiento de servicios financiados con fondos públicos ya activos con la única finalidad de comprobar el funcionamiento del servicio y de informar en mejores condiciones a los ciudadanos sobre el servicio correspondiente" y, el más difícil de entender para personas ajenas a la práctica de gobernantes valencianos, que "se abstendrán de promover que la asistencia de ciudadanos o ciudadanas a actos públicos sea un requisito para ser beneficiarios y beneficiarias de cualquier entrega de bienes financiados con fondos públicos o cualquier tipo de contrato, nombramiento, subvención o beca", esto debido a que un gobernante exigió la asistencia a un acto público para recibir una beca con dinero público.

Responsabilidad pública

Krambia (2013) apunta que en tiempos de progreso económico, cuando el dinero fluye libremente, hay poca discusión sobre corrupción, actos ilegales y fraude, pero, una vez se produce un colapso financiero y se necesitan controles internos, surgen los escándalos financieros y de corrupción, e indica que como consecuencia de la corrupción se da un efecto devastador sobre el desarrollo económico y político, en el que no hay ningún respeto por el sistema de justicia, los derechos de propiedad o de la banca y el crédito, en el que los votantes no disponen de información veraz sobre las acciones de los políticos y, en consecuencia, los ciudadanos no están en posición de ejercer la pertinente influencia sobre los electos para actuar en interés común.

En diversos casos de corrupción de los gobernantes se ha evidenciado que la toma de decisiones, generalmente en la contratación pública de servicios, la han derivado a los administrativos que tenían la responsabilidad de garantizar que el procedimiento administrativo estaba sujeto a las normas le-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a3

gales. En algunos casos los administrativos no han sido conscientes de las consecuencias de aceptar ciertas presiones de los políticos y han accedido, y en otros casos (a veces funcionarios interinos, los más desprotegidos) han defendido la legalidad y han visto cómo eran apartados de sus cargos. Esta información es fácilmente accesible por los medios de comunicación. En este contexto el Código establece que las personas "asumirán la responsabilidad de sus actuaciones, sin derivarla hacia su personal subordinado sin causa objetiva, ni tampoco hacia las administraciones públicas" (artículo 23.1).

Relación con los medios de comunicación

Una parte importante de las responsabilidades del gobierno es mantener informados a los ciudadanos como logro de un gobierno democrático. El aumento de actos relacionados con la transparencia se considera que fortalece las bases de la democracia. Muchos piensan que la confianza en el gobierno aumenta con la transparencia y la disponibilidad de una información de calidad, que debe basarse en una eficaz libertad de información (Gunnlaugsdottir, 2015). Para hacer eficaz la transparencia con los medios de comunicación se establece que los gobernantes "facilitarán el trabajo de los profesionales de la información en el ejercicio de sus funciones constitucionales. La colaboración con los medios de comunicación se basará en los principios de transparencia, veracidad y respeto profesional" (artículo 25), señalando que en Internet "deberán aplicar los principios de buen gobierno en su presencia pública (…) y, en particular, en las redes sociales y otros medios de interacción en las redes" (artículo 26).

Obsequios y regalos

El delito de cohecho es, muchas veces, difícil de demostrar. La aceptación de regalos por los gobernantes, como medio de sobornarlos para que realicen acciones inherentes a su cargo, es una de las prácticas más antiguas en la actividad política. Ya en el siglo XVI, Gerónimo Castillo de Bobadilla dedicó todo un capítulo a que el Corregidor no recibiese dádivas para evitar el cohecho (Castillo de Bobadilla, 1597). Esta práctica continúa en la actualidad y es difícil discernir entre delito y cortesía, para ello el Código establece que las personas "tienen prohibido aceptar cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, por razón de su cuantía o causa, o que pueda condicionar la neutra-

lidad u objetividad de su cometido. La entrega de los regalos u obsequios que se reciben por razón del cargo enmarcados en los usos habituales, sociales y de cortesía será pública", regulando que "los obsequios que se reciben se registrarán y se harán públicos, como mínimo y en todo caso, en el Portal de Transparencia de la Generalitat o en la página web de la entidad o institución a la que pertenezcan, con detalle de su descripción, la persona o entidad que los realizó, la fecha y el destino que se les ha dado" (artículo 32).

Conclusión

En el contexto de un Código de Buen Gobierno se deben reflejar objetivos sobre el comportamiento de los gobernantes, como el compromiso de mejora continua en la calidad de la información, la atención y los servicios prestados al ciudadano, o que fomenten un diálogo abierto y transparente con los grupos de interés de la sociedad. En el Código valenciano se han detectado algunos artículos innovadores como consecuencia del contexto político y social de los gobernantes y la alta dirección administrativa, que abordan una regulación objetiva para garantizar la transparencia y, sobre todo, la confianza de los ciudadanos con sus gobernantes, lo que no quiere decir que compartan criterios de política económica, social, cultural, etc. La confianza es fundamental para asegurar que el gobierno disponga de credibilidad, ya que uno de los datos del Centro de Investigaciones Sociológicas de España es la baja credibilidad de los políticos españoles.

El gran reto del Código es el ser aceptado por el resto de las administraciones públicas valencianas que, voluntariamente, se pueden adherir a él, y que otros organismos destacados de la comunidad autónoma, como el poder legislativo —Corts Valencianes— también se adhieran, de lo contrario un amplio grupo de personas relacionas con los poderes públicos, principalmente ayuntamientos y diputaciones, quedaran la margen de un gobierno confiable.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a3

Referencias

Castillo de Bobadilla, J. (1597). *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempo de paz y de guerra*. Madrid: Luis Sánchez.

Christensen, J. (2011). The looting continues: tax havens and corruption. *Critical perspectives on international business*, *7*(2), 177-196. Recuperado de https://doi.org/10.1108/17422041111128249

Centro de Investigaciones Sociológicas-CIS (2016). *Barómetro de abril 2016*. Recuperado de: http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14277

Dennis, Ch. (2009) Against All Gods: Six Polemics on Religion and an Essay on Kindness. *Qualitative Market Research: An International Journal*, *12*(1), 104-110. Recuperado de https://doi.org/10.1108/13522750910927241

Descalzo, A. (2014). Buen gobierno: ámbito de aplicación, principios generales y de actuación, infracciones disciplinarias y conflicto de intereses. En E. Guichot (Coord.). *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre* (pp. 247-289). Madrid: Tecnos.

Ferreira Rubio, D. M. (2015). Financiamiento de los partidos políticos desde una perspectiva de género. *Revista de Derecho Electoral*, 20, 134-148. Recuperado de http://www.tse.go.cr/revista/art/20/ferreira_rubio.pdf

Goede, M. y Neuwirth, R. J. (2014). Good governance and confidentiality: a matter of the preservation of the public sphere. *Corporate Governance*, *14*(4), 543-554. DOI: http://dx.doi.org/10.1108/CG-08-2013-0099

Guichot, E. (2014). El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. En E. Guichot (Coord.). *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre* (pp. 17-34). Madrid: Tecnos.

Gunnlaugsdottir, J. (2015). Government secrecy: public attitudes toward information provided by the authorities. *Records Management Journal*, *25*(2), 197-222. DOI http://dx.doi.org/10.1108/RMJ-07-2014-0032

Khan, M. (2012). Beyond Good Governance: An Agenda for Developmental Governance. In J. K. Sundaram and A. Chowdhury (eds.) *Is Good Governance Good for Development?* (151-182) .London: Bloomsbury Academic.

Krambia-Kapardis, M. (2013). Perception of political corruption as a function of legislation. *Journal of Financial Crime*, *21*(1), 44-55. Recuperado de https://doi.org/10.1108/JFC-04-2013-0025

Leal-Filho, W. (2014). Acting now: why more climate change mitigation and adaptation is needed. *International Journal of Climate Change Strategies and Management, 6*(4). DOI: http://dx.doi.org/10.1108/IJCCSM-09-2014-0106

Lewis, Cw.; Gilman, SC. (2005). *The Ethics Challenge in Public Service: A Problem-solving Guide* (2nd ed.). San Francisco, CA: Jossey-Bass.

Marcos Santiago, R. (2009). El largo recorrido hacia el reconocimiento social y económico del trabajo de las mujeres. *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, 4, 1-14 Recuperado de http://revpubli.unileon.es/ojs/index.php/cuestionesdegenero/article/view/3804/2680

Mulet, J. M. (2017). *Transgénicos sin miedo*. Barcelona: Planeta.

Naciones Unidas (2008). *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnership*. New York: United Nations. Recuperado de: http://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ppp.pdf

Orsato, R. J., Barakat, S. R. y Campos, J. G. F. de (2017) Organizational adaptation to climate change: learning to anticipate energy disruptions. *International Journal of Climate Change Strategies and Management*, *9*(5), 645-665. Recuperado de https://doi.org/10.1108/IJCCSM-09-2016-0146

Parra Bernal, L. D. y Prada Ospina, R. (2013). Entre la ciencia social y la política pública: reflexiones en torno a la economía colombiana. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, 75, 86-101. Recuperado de https://doi.org/10.21158/01208160.n75.2013.788

Ramírez-Alujas, A. V. (2011). Gobierno Abierto y Modernización de la Gestión Pública. Tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene. *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública, 9*(15), 99-125.

Salminen, A. y Ikola-Norrbacka, R. (2010). Trust, good governance and unethical actions in Finnish public administration. *International Journal of Public Sector Management*, *23*(7),647-668. Recuperado de https://doi.org/10.1108/09513551011078905

Smith, W. R. (2007). Pseudoevidence-based medicine: what it is, and what to do about it. *Clinical Governance: An International Journal*, *12*(1), 42-52. Recuperado de https://doi.org/10.1108/14777270710725409

Sodano, V. y Hingley, M. (2013). The food system, climate change and CSR: from business to government case. *British Food Journal*, *115*(1), 75-91. DOI: https://doi.org/10.1108/00070701311289885

Sorn-In, K., Tuamsuk, K. y Chaopanon, W. (2015). Factors affecting the development of e-government using a citizen-centric approach. *Journal of Science & Technology Policy Management, 6*(3), 206-222.

Normas

Comunidad Valenciana (2015). Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana. *DOGV* núm. 7500 de 08.04.2015. Recuperado de http://www.dogv.gva.es/portal/ficha_disposicion.jsp?sig=002988/2015&L=1

Comunidad Valenciana (2016). Decreto 56/2016, del Consell, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de la Generalitat. *DOCV*, núm. 7781 de 13.05.2016. Recuperado de http://www.docv.gva.es/datos/2016/05/13/pdf/2016_3365.pdf

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a3

Conselleria de Transparècia, (2016). *Dictamen del Consell Jurídic Consultiu*. Recuperado de http://bit.ly/2p0CSF8

Conselleria de Transparència, (2015a). *Informe d'impacte de gènere*. Recuperado de http://bit.ly/2DjZUL7

Conselleria de Transparència, (2015b). *Informe de necessitat i oportunitat*. Recuperado de http://bit.ly/2Hq0ERz

España (2013). Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.*BOE* núm. 295, de 10 de diciembre de 2013, pp. 97922-97952. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887

España (2015): Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres. *BOE*, núm. 215, de 8 de septiembre de 2015, pp. 78986-79029. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-9676

Doctrina

Luis Lauro Herrera Bernal[⇘]

Mediación como alternativa en la solución de conflictos en las empresas familiares[1]

Mediation Models in Conflict Resolution in Family Businesses

Modelos de mediação na solução de conflitos em empresas familiares

Resumen: *La empresa familiar es una fuente económica del seno familiar, nutre y retroalimenta aspectos importantes como el negocio, el patrimonio y la relación entre los miembros de la familia. El impacto social que implica la solución de conflictos en empresas familiares radica en que, de acuerdo a las cifras del Instituto Mexicano de Contadores Públicos, entre el 50% y el 80% de las empresas del mundo son familiares, generando aproximadamente el 50% del producto interno bruto (PIB) a nivel mundial y se estima que el 90% de las empresas mexicanas establecidas están bajo el control y propiedad de una familia. Ello revela la trascendental contribución de las empresas familiares al desarrollo económico, social y cultural en el contexto mexicano y mundial. En el presente trabajo se utiliza una metodología de revisión bibliográfica sistemática la cual permite estudiar de forma prospectiva los conflictos entre socios de empresas familiares a través de los modelos de mediación, con el objetivo de analizar la viabilidad de implementación de dichos modelos en la solución de conflictos en empresas familiares, sin importar su conformación ni tamaño, sino más bien, la evolución y crecimiento económico y generacional de la corporación.*

Palabras clave: *mediación, mediación empresarial, empresas familiares.*

⇘ Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León. Licenciado en Derecho por el ITESM; Maestría en Administración de Empresas por la UANL. Docente nivel licenciatura en la Facultad de Derecho y Criminología, UANL.
Orcid ID: https://orcid.org/0000-0002-0991-7689
✉ *licherrera2015@gmail.com*

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a4

Abstract: *The family business is an economic source of the family bosom, nourishes and feeds important aspects such as business, heritage and the relationship between the family members. The social impact of conflict resolution in family businesses is that, according to the figures of the Mexican Institute of Public Accountants, 50% and 80% of the world's companies are familiar, generating approximately 50% of the product gross domestic (GDP) worldwide and it is estimated that 90% of established Mexican companies are under the control and ownership of a family. This reveals the transcendental contribution of family businesses to economic, social and cultural development in the Mexican and global context. This paper uses a systematic bibliographic review methodology which allows the prospective study of conflicts between family business partners through mediation models, in order to analyze the viability of Implementation of these models in the resolution of conflicts in family businesses, regardless of their conformation or size, but rather, the evolution and economic and generational growth of the corporation.*

Keywords: *mediation, business mediation, family business.*

Resumo: *A empresa familiar é uma fonte económica do seio familiar, nutre e retroalimenta aspectos importantes como o negócio, o património e a relação entre os membros da família. O impacto social que implica a solução de conflitos em empresas familiares arraiga em que, de acordo às cifras do Instituto Mexicano de Contadores Públicos, o 50% e o 80% das empresas do mundo são familiares, gerando aproximadamente o 50% do produto interno bruto (PIB) a nível mundial e estima-se que o 90% das empresas mexicanas estabelecidas estão baixo o controle e propriedade de uma família. Isso revela a trascendental contribuição das empresas familiares ao desenvolvimento económico, social e cultural no contexto mexicano e mundial. No presente trabalho utiliza-se uma metodologia de revisão bibliográfica sistémica a qual permite estudar de forma prospectiva os conflitos entre sócios de empresas familiares através dos modelos de mediação, com o objectivo de analisar a viabilidade de implementação de ditos modelos na solução de conflitos em empresas familiares, sem importar sua conformação nem tamanho, sina mais bem, a evolução e crescimento económico e generacional da corporação.*

Palavras-chave: *mediação, mediação empresarial, negócios familiares.*

Recibido: 20180213
Aceptado: 20180321

Sumario:

Resumen; Introducción; 1. Familia. 2. Empresa familiar. El conflicto empresarial-familiar. 4. Modelos de mediación enfocados a empresas familiares. 4.1. Modelo tradicional-lineal de Harvard. 4.2. Modelo transformativo. 4.3. Modelo circular-narrativo de Sara Cobb. 4.4. Modelo insight. 5. Criterios para considerar una mediación empresarial exitosa. Conclusiones.

Introducción

Las empresas competitivas establecen metas desde su constitución con el fin de mantener su productividad en el mercado de la oferta y la demanda, ello significa esfuerzos de las personas que la dirigen y que laboran en ella; quienes dirigen, generalmente, están legitimados para tomar decisiones trascendentales en la empresa, dichas decisiones tienen un grado de riesgo económico lo que puede crear tensión entre los socios y en el ambiente laboral.

Cuando en la empresa participan como socios integrantes de una familia, se presentan situaciones de conflicto que traen consigo una historia de vida en familia, problemas que se superaron o prevalecieron en el transcurso del tiempo y que pueden salir a relucir en la dinámica familiar, pero además, en temas relacionados con el negocio.

Para dimensionar la importancia de la solución de conflictos entre socios de empresas familiares, se encuentran las cifras del Instituto Mexicano de Contadores Públicos (IMCP, 2014), que son consideradas las más conservadoras, las cuales muestran que entre el 50% y el 80% de las empresas del mundo son familiares, generando aproximadamente el 50% del producto interno bruto (PIB) a nivel mundial.

Se estima que el 90% de las empresas mexicanas establecidas están bajo el control y propiedad de una familia, lo que revela su importante contribución al desarrollo económico, social y cultural de nuestro país, también se ha

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a4

obtenido que la mayoría de las empresas familiares en México son micro, pequeñas y medianas empresas, y aunque se piensa que las empresas familiares no tienen gran posibilidad de crecer, existen muchas empresas familiares que no son precisamente pequeñas o medianas, sino grandes negocios que compiten en el mercado (IMCP, 2014). El 32% llega a la segunda generación y el 12% llega a la tercera generación (Carlos Simon, 2014).

En ocasiones, las partes son quienes evitan acudir a la mediación, debido a que sienten que la instancia judicial les dará la razón legal y les brindará mayor respaldo, menos riesgo y mayor certeza jurídica a la solución de su conflicto. De este modo, se encuentra ante la presencia de un factor cultural, en donde los estereotipos de la investidura judicial, preponderan ante la de un facilitador.

La mediación empresarial es un mecanismo alternativo de solución de conflictos accesible, económico y funcional a diferencia de los procesos judiciales[2]; pero por la falta de promoción y conocimiento de los profesionales del derecho, las partes son orientadas a solicitar atención a sus problemas ante las autoridades jurisdiccionales, donde el proceso mismo los conduce hasta perder el interés por continuar en los juicios; desafortunadamente, a pesar de estas situaciones las personas se niegan a utilizar la mediación empresarial.

Por ello, es necesaria la difusión de los beneficios de la mediación e implementarla en la solución de conflictos empresariales-familiares, para efectos de prevenirlos y atenderlos de forma profesional, considerando los dos grupos a los que pertenecen los involucrados: Familia y empresa.

1. Familia

La mediación empresarial es una opción viable para salvaguardar los intereses de la empresa y de los integrantes de la familia ante un conflicto, el mediador brinda una prestación de servicios integral bajo una visión dual, es decir, con un enfoque en la solución de conflictos tanto en la empresa, como en la familia.

De acuerdo a la Real Academia Española, la familia es un conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. Conforme a las reformas al artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

publicadas el 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, se deduce que todos los mexicanos tienen derecho a formar una familia, sin que medie limitante alguna a formar un determinado tipo de familia.

La ley mexicana no reconoce más parentesco que los de consanguinidad y afinidad[3]. El Código Civil Federal vigente en México señala que el parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor. En el caso de la adopción plena, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo (Artículo 293)

El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón. Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco (Artículo 296). La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común (Artículo 297).

La línea recta es ascendente o descendente: ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede; descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende (Artículo 298). En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor (Artículo 299).

En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común (Artículo 300).

Los Diálogos por la Justicia Cotidiana (CIDE, 2015), en los que participaron académicos y expertos, realizados entre los meses de noviembre de 2015 y marzo de 2016, derivó la recomendación de revisar la legislación civil y familiar de todo el país para eliminar preceptos que contengan cualquier forma de discriminación o desigualdad, así como incorporar un lenguaje incluyente y orientado a materializar la igualdad de todas las personas. Parti-

cularmente, se identificó que en todas las legislaciones locales existen preceptos discriminatorios, principalmente con referencia a la edad mínima para contraer matrimonio, y en los derechos y requisitos para hombres y mujeres en el matrimonio, concubinato y divorcio.

Lo anterior, derivó recomendaciones y propuestas para ajustar la legislación e incorporar un lenguaje incluyente para eliminar todas las formas de discriminación y generar condiciones que permitan una protección y participación igualitaria en la vida civil, familiar, política, cultural, económica y social de país, ajustada a los estándares de derechos humanos contenidos en la Constitución Federal y los tratados internacionales (Senado, 2016).

2. Empresa familiar

Lasheras Mayoral, comenta que existen algunas características que comparten las empresas familiares:

> 1. La familia empresarial comparte un legado y origen común; esto es, comparten el control y gobierno de una empresa que, a su vez, es parte esencial de su identidad. En la familia empresaria existe un deseo y voluntad de continuidad en la empresa que se manifiesta en la vocación de transmisión de la empresa y su cultura a través de las generaciones.
>
> 2. La empresa familiar es un sistema social complejo en el que se interrelacionan tres subsistemas: familia, empresa y propiedad.
>
> 3. La principal fuente de estrés de la empresa familiar entre los miembros de la familia que trabajan en la misma es la relación familiar propiamente dicha; esto es, el carácter de relación personal que comparten los miembros de la familia. De hecho, los roles familiares o los celos entre hermanos se transfieren también al trabajo.
>
> 4. La íntima interconexión entre familia y empresa provoca que, con frecuencia, se deban cuidar y solventar los problemas derivados de los siguientes aspectos:
>
> a) Solidaridad familiar: Se manifiesta en que con frecuencia se toman decisiones en la empresa que benefician a la familia aunque

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a4

no sean las más adecuadas para la empresa. Por ejemplo, en las decisiones relativas a la contratación de familiares en la compañía

b) Defectos en la comunicación: Si en la familia hay poco diálogo es probable que en la empresa también haya escasez de comunicación de la familia con respecto a los temas de organización o propiedad de la compañía.

c) Existencia de secretos: Es frecuente considerar los temas de la empresa como una prolongación de los de la familia, los cuales no deben ser aireados en público. En consecuencia, no se discute suficientemente sobre los problemas y necesidades de la empresa puesto que son equiparados en el seno de la empresa con los secretos familiares.

En resumen, la empresa familiar tiene identidad, en ella se interrelacionan tres subsistemas como la familia, la empresa y la propiedad. La empresa familiar está establecida por las características de la familia que forma parte de ella, se ha sabido identificar los signos de alarma en una empresa familiar por la forma de actuar de los socios, donde se pierde el trato familiar y se empieza a ver como un rival o como una amenaza al poder que genera tener el control de una empresa.

3. Conflicto empresarial-familiar

La experiencia del conflicto dificulta que la gente se comprometa en interacciones con otros de forma productiva o constructiva. Los desafíos personales, emocionales y sustantivos que el conflicto suscita para las personas tienden a llevarlas a estados de debilidad y ensimismamiento. Como las personas tratan de enfrentar los temas conflictivos mientras se encuentran en estos estados de debilitamiento, la interacción destructiva tiende a emerger y persistir, interacción que impide a las personas entenderse a sí mismas y con otros y que también debilita la adecuada deliberación y toma de decisiones de las partes (Folger, 2008)

De este modo, el conflicto es inherente a la condición humana, cuando dos personas opinen sobre un mismo tema es posible que planteen posturas distintas, incluso antagónicas; además, posiblemente ambas pueden ser legítimas; por ejemplo, ¿es mejor aprovechar una oportunidad del mercado para

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a4

llevar a cabo un crecimiento agresivo comprando un competidor que se ha puesto a tiro o es mejor conducir la empresa por la vía del conservadurismo? Las dos posiciones pueden obedecer a una lógica empresarial y, es más, este tipo de dilemas se plantean continuamente (Bermejo, 2015).

Es menester considerar que la empresa comienza por la idea de negocio de una o varias personas, al participar la familia en ella, se convierte en el medio que le provee la economía, por lo tanto, el patrimonio de la empresa se convierte en patrimonio familiar. En la toma de decisiones, suele existir un riesgo para los tres subsistemas mencionados con anterioridad, familia, empresa y patrimonio, lo cual puede generar diversidad de opiniones que causen fricciones en la búsqueda de disminuir los riesgos y obtener ganancias.

A continuación, se muestra la Tabla 1 *(ver pág. 131)* donde se podrá observar las áreas de conflicto dentro de las empresas familiares. Para que la mediación empresarial sea eficaz, primero se tiene que conocer los conflictos, para poder enfrentarlos y saber qué hacer al momento de intervenirlos y buscar su transformación.

En la tabla se observa que los problemas que se presentan en las empresas familiares son referentes al sueldo o la posición que obtienen dentro de la empresa a personas no capacitadas para dicho puesto, las nuevas generaciones que asumen cargos y exhiben ideas diferentes a las antiguas generaciones que constituyen la empresa.

Los conflictos creados dentro y fuera de la empresa suelen ser similares, por ejemplo: mezclar el aspecto personal con el laboral o profesional, falta de definición de roles, toma de decisiones, mala organización, falta de comunicación y falta de educación empresarial.

Estos son algunos aspectos más gráficos de la relación familia-empresa que pueden generar conflictos (Mayoral, 2014):

1. La familia empresaria comparte un legado y origen común; esto es, comparten el control y gobierno de una empresa que, a su vez, es parte esencial de su identidad. En la familia empresaria existe un deseo y voluntad de continuidad en la empresa que se manifiesta en la vocación de transmisión de la empresa y su cultura a través de las generaciones.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a4

Tabla 1. Áreas del conflicto empresarial-familiar

Área de Conflicto	Problema	Indicador de Gestión
Talento humano	Relacionadas al sesgo existente en la preferencia de algunos miembros de la familia en temas de sueldos, compensaciones y educación al momento de asumir un cargo. Las situaciones más comunes son sueldos exorbitantes a propietarios y familiares, así como cargos gerenciales cuando no se tiene la preparación profesional o habilidades requeridas para el puesto (Calderón Hernández, Álvarez Giraldo, y Naranjo Valencia, 2006).	Costo de la nómina / Organigrama
Reinversión o reparto de dividendos	Relacionado a las necesidades corrientes de los miembros de la familia que conforman el directorio, lo cual afecta directamente en los libros de la organización. Se da prioridad a la reinversión de los beneficios frente a la bonificación de la propiedad por miedo al endeudamiento. El conflicto se da entre los accionistas activos y pasivos, ya que los primeros normalmente laboran en la compañía y quieren reinvertir, mientras que los segundos exigen el reparto de sus dividendos (Martín Castejón y Martínez Martínez, 2012).	Porcentaje de reinversión de dividendos
Estratégica del negocio	Relacionado a las decisiones de largo plazo que se toman en la organización y que definen su futuro a largo plazo. Las estrategias pueden ser tanto planificadas como emergentes, las primeras apuntan a los procesos expansivos pausados y planificados, mientras que las segundas hacen referencia a aquellas que se realizan dependiendo de las oportunidades que aparezcan en el desarrollo del negocio (Francés, 2006).	Porcentaje de crecimiento anual
Estructura de control	Relacionado al periodo de sucesión, en el cual se realiza el traspaso de poder de una generación a otra. El nuevo líder establece su nuevo estilo de liderazgo, mientras que a la generación saliente le cuesta ceder el poder (Meira Teixeira y Carvalhal, 2013).	Nivel de impacto organizacional en la sucesión

Fuente: Pérez, María José, *Protocolo: un instrumento para mediar conflictos en empresas familiares*, Universidad Simón Bolívar, Desarrollo Gerencial, Colombia, 2015, pp. 81-99.

2. La empresa familiar es un sistema social complejo en el que se interrelacionan tres subsistemas: familia, empresa y propiedad.

3. La principal fuente de estrés de la empresa familiar entre los miembros de la familia que trabajan en la misma es la relación familiar propiamente dicha; esto es, el carácter de relación personal que comparten los miembros de la familia. De hecho, los roles familiares o los celos entre hermanos se transfieren también al trabajo.

4. La íntima interconexión entre familia y empresa provoca que, con frecuencia, se deban cuidar y solventar los problemas derivados de los siguientes aspectos:

a) Solidaridad familiar: Se manifiesta en que con frecuencia se toman decisiones en la empresa que benefician a la familia, aunque no sean las más adecuadas para la empresa. Por ejemplo, en las decisiones relativas a la contratación de familiares en la compañía.

b) Defectos en la comunicación: Si en la familia hay poco diálogo es probable que en la empresa también haya escasez de comunicación de la familia con respecto a los temas de organización o propiedad de la compañía.

c) Existencia de secretos: Es frecuente considerar los temas de la empresa como una prolongación de los de la familia, los cuales no deben ser aireados en público. En consecuencia, no se discute suficientemente sobre los problemas y necesidades de la empresa puesto que son equiparados en el seno de la empresa con los secretos familiares.

Con el tiempo, si esos conflictos no son atendidos con oportunidad, desembocan en un solo resultado que es la separación del seno familiar, en donde la mayoría de las veces se deteriora la relación familiar y el negocio. La mediación empresarial es la alternativa adecuada para llegar a un acuerdo o en su caso solucionar las asperezas provocadas por la rivalidad entre los participantes de la empresa que son integrantes de una misma familia y evitar los costes de un juicio.

4. Modelos de mediación enfocados a empresas familiares

La mediación ha funcionado de una manera positiva en situaciones de tensión y conflicto entre las partes, para poder disminuir diferentes relaciones disfuncionales que se viven dentro de un mismo entorno empresarial familiar. Algunos autores concuerdan en que los conflictos, en general, son positivos; tanto para las personas involucradas como para la empresa, ya que esto hace que la mediación sea posible y pueda existir una relación personal y laboral eficiente, ya que en la mediación ofrece un espacio de intercambio de ideas y pensamientos con el fin de llegar a acuerdos.

Para poder obtener una mediación exitosa Vanoni Martínez y José (2015) hacen mención a diferentes modelos, uno de ellos es el modelo de Carnevale que se propuso alrededor de los años 80, se centra en cuatro estrategias de acción con base en dos factores: el primero radica en la importancia otorgada al hecho de que las partes consigan sus aspiraciones y lleguen a un acuerdo y; el segundo, en la percepción que se tenga de un campo común entre las partes que facilite una solución aceptable para ambas. Las cuatro estrategias son:

1. Compensación: Será utilizada por el mediador si este considera importante que las partes alcancen un acuerdo, pero no percibe muchas coincidencias entre ellas.

2. Inacción: Esta estrategia se utiliza si las partes coinciden ampliamente, por lo que no necesitarán de mayor ayuda externa y automáticamente aumentan las posibilidades de que los negociadores alcancen el acuerdo por sí mismos.

3. Integración: Se utiliza cuando el mediador considera que existe un importante campo común entre las partes y se da mucho valor a las aspiraciones de cada una.

4. Presión: El mediador utiliza esta estrategia si no concede tanta importancia a las aspiraciones de las partes y tampoco percibe un campo común tan amplio.

El enfoque de este modelo es pertinente en la mediación empresarial entre familiares, ya que las estrategias que expone Carnevale en su modelo pueden

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a4

lograr que el efecto de la mediación trascienda a fortalecer los vínculos afectivos entre los integrantes de la familia, lo cual a su vez genere un impacto generacional en la empresa.

A continuación, se exponen los cuatro modelos de mediación: Modelo tradicional-lineal de Harvard, modelo transformativo, modelo circular narrativo de Sara Cobb y por último, modelo insight.

4.1 Modelo tradicional-lineal de Harvard

Este modelo fue elaborado en la Universidad de Harvard hace tres décadas y está orientado a la consecución del acuerdo, fundado en el sistema de negociación. Los principales teóricos son Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton; también cabe destacar a Andrew Floyer Acland, quien es discípulo de Fisher. Dichos autores señalan que este método parte de considerar cuatro puntos básicos en la negociación: las personas, los intereses, las opciones y los criterios (Rondón García, 2011).

El modelo tradicional-lineal de Harvard, mencionado también por Hernández Ramos (2014), es un modelo de comunicación lineal y bilateral, mediante preguntas abiertas, evitando los interrogatorios cerrados que limitan la flexibilidad de las respuestas. El referido autor menciona que es esencial potenciar la aireación del conflicto y animar a los sujetos enfrentados a que eviten retrotraerse al pasado, poniendo especial énfasis en el futuro. Esta previsión resultará fundamental para restaurar o instalar el equilibrio entre las partes, desactivando las emociones negativas y revalorizando los puntos de encuentro detectados.

El autor en alusión menciona que la mediación también es un proceso estructurado, aunque no rígido, durante el cual el mediador, procura facilitar la comunicación y la interacción entre las partes con el fin de disminuir las diferencias y tensiones preexistentes para lograr el acuerdo y superar las disputas, para ello, es necesario que los participantes puedan expresar con claridad sus intereses y el modo de satisfacerlos, con independencia del contexto en el cual se desarrollan los conflictos (Hernández Ramos, 2014).

La mediación en este modelo es eficaz, ya que el fin de dicho modelo es buscar, lo antes posible, una solución práctica, simple de aplicar, que ésta sea

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a4

comprendida por las partes involucradas y también se establece la comunicación para así poder llegar a un acuerdo.

Cabe señalar que, cualquier mediador que disponga de experiencia suficiente, tiene claro que si las sesiones de mediación se alargan es más probable que los involucrados abandonen o sientan desesperación al no poder llegar a un acuerdo lo más rápido posible.

La autora María José Pérez (2015) en el artículo denominado *Protocolo: Un instrumento para mediar conflictos en empresas familiares*, menciona que el enfoque principal de este modelo busca separar a las personas del problema para que, a través de una negociación colaborativa asistida por un tercero, logre el objetivo final de centrarse en el contenido de la comunicación más que en las relaciones entre las partes, las cuales no intenta modificar.

Fisher y Ury detallan el procedimiento concreto así: en la primera reunión, asisten las dos partes inmersas en el conflicto; aunque el mediador debe informar que de ser el caso se podrán solicitar entrevistas individuales cuando se requiera tratar algún tema que alguna de las partes no quiera tratar frente a la otra (Pérez, 2015).

El mencionado autor comenta que, en la segunda reunión, el mediador saca a relucir el principal aspecto del conflicto después de haber conversado con las partes. En el caso de darse entrevistas por separado, el mediador deberá mantener la confidencialidad de la información recibida a no ser que reciba permiso: sin embargo, el mediador podrá utilizar esa información para conseguir el acuerdo. En una tercera y cuarta reunión se puede llegar al acuerdo.

Este modelo se emplea generalmente en las negociaciones comerciales y las disputas que suelen generarse en este tipo de relación; en las empresas familiares, se utiliza sobre todo entre socios con un vínculo de ascendencia o descendencia generacional, como padres e hijos. La comunicación es muy importante en este modelo ya que se usa ésta en su máxima totalidad y esto puede generar respuestas positivas a los conflictos que se generan dentro de las empresas familiares.

4.2 Modelo transformativo

El conflicto productivo se produce cuando cambia la calidad de la interacción de las partes en conflicto. Este cambio en la interacción conflictiva ocurre en la medida en la que cada persona pasa de estados de debilidad y ensimismamiento a estados de mayor fortaleza y apertura. Así, en este enfoque de la práctica, el término "transformación" se refiere a la transformación de la interacción destructiva de las partes en conflicto (Folger, 2008).

Baruch Bush y Ganong Pope (2008) explican cuál es el papel del mediador y en sí qué es la mediación en el modelo transformativo:

> • Se define a la mediación como un proceso en el que una tercera parte trabaja con las partes en conflicto para ayudarlas a cambiar la cualidad de su interacción y pasar de lo negativo y destructivo a lo positivo y constructivo, cuando exploren y hablen sobre cuestiones y posibilidades para la resolución del conflicto.
>
> • El papel del mediador es ayudar a que las partes lleven a cabo cambios positivos sobre su interacción (cambios de revalorización y reconocimiento) apoyándolas para que ejerciten sus capacidades de fortaleza y respuesta mediante la deliberación, toma de perspectiva, comunicación y toma de decisiones.
>
> • Los objetivos primordiales del mediador son:
>
> 1. fomentar cambios de revalorización, apoyando –nunca suplantando– la deliberación y la toma de decisiones de cada una de las partes, en aquellos momentos de la sesión en la que estás tengan que tomar una decisión (en relación con el proceso o con el resultado); y
>
> 2. fomentar el cambio para el reconocimiento, animando y apoyando –pero nunca forzando– el esfuerzo hecho personalmente por cada una de las partes para entender mejor la perspectiva del otro.

Los mismos autores comentan que el modelo transformativo no ignora la importancia que tiene resolver problemas específicos; pero asume que, si los mediadores hacen su trabajo, es muy probable que las partes hagan cambios

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a4

positivos en su interacción y, por consiguiente, encuentren términos de resolución aceptable para ellas mismas cuando dichos términos existan de verdad (Baruch Bush y Ganong Pope, 2008).

En este modelo el mediador tiene una parte más importante que en cualquier otro modelo. Si el mediador sabe hacer su trabajo en las sesiones, las personas involucradas pueden tener un mejor resultado y hasta generar más confianza en sí mismos como lo mencionábamos anteriormente. Este modelo construye lo negativo en positivo y no solo en el ámbito laboral sino también en lo personal.

Un beneficio de la implementación de este modelo en las empresas familiares, es tener contar con un método para comunicarse de manera pacífica, y en base a esa comunicación dirigida, tener una mejor relación en la empresa y en la familia. La mediación evita juicios, así como desgaste de tiempo y dinero.

4.3. Modelo circular-narrativo de Sara Cobb

El modelo de Sara Cobb inicia a principios de los años noventa, se centra en varios aspectos, entre los que se encuentran el tipo de narración (comunicación) de los participantes. Dicha comunicación incluye elementos verbales (contenidos de la narración) y para-verbales como gestos y movimientos corporales. El objetivo es llegar al acuerdo, potenciando la comunicación y la interacción de las partes. El proceso comienza con entrevistas individuales en las que se estimula la reflexión y el análisis de la relación, y solo se llega a las reuniones conjuntas cuando hay probabilidades de trabajar sobre las condiciones concretas del acuerdo (Munuera Gómez, 2007).

Asimismo, dicho autor define a la mediación como un procedimiento, para gestionar sus disputas, porque muchas veces no es posible resolver el conflicto en concreto. Este modelo no asume el conflicto como algo asociado de manera negativa al antagonismo y la agresión en las relaciones humanas, se basa en el supuesto de que los seres se debaten entre el deseo y el deber. Por consiguiente, se establece una diferencia entre conflicto y disputa, siendo esta ultima el conflicto que se establece entre dos o más personas incapaces de manejarlo.

José Luis Melero Ynaraja (2009) menciona que aun usando los modelos que se establecen anteriormente, como en cualquier proceso de mediación pueden aparecer dificultades que tienen que ser salvadas. Al respecto podemos mencionar que compartimos dicha postura toda vez que la mejor forma de hacerlo es conseguir que los involucrados, hábilmente guiados por las preguntas del consultor, sean los que propongan las alternativas de solución ya que de esta manera la aprobación está prácticamente garantizada.

A modo de ejemplo en el presente tema de estudio, Melero expone un caso de sucesión donde todos los candidatos se sienten capacitados en principio para ocupar el puesto, dejan de estarlo cuando se les presentan las responsabilidades a cumplir y el perfil competencial a tener. Se suele tomar conciencia de quien es el más capaz de cumplir con aquello y ya algunos se auto descartan; no se impone un criterio, pero se provoca una realidad para que, con la información se pueda llegar a conclusiones acertadas.

4.4 Modelo insight

Este modelo surge a partir del año 2008, con la publicación de *Transforming Conflict Through Insight* por Kenneth Melchin y Cheryl Picard, el cual consiste en el uso que le dan a la teoría insight de Bernard Lonegan, para explicar la práctica de Picard como mediadora (Melchin y Picard, 2008). A lo largo de los años siguientes, el modelo analítico de los que Melchin y Picard son pioneros se fue ampliando más allá de su focalización en la práctica de la mediación con el fin de incluir la consolidación de la paz y los esfuerzos para la mitigación de conflictos realizados por abogados que trabajan con temas de pobreza, funcionarios de policía, creadores teatrales y expertos en relaciones internacionales y seguridad humana (Price, 2017).

Este modelo es tomado a su vez por autores como Garrido Soler (2017), quien explica que está diseñado a partir de los modelos de mediación tradicional-lineal de Harvard y transformativo, y menciona que las técnicas empleadas por cualquier mediador, sin considerar su escuela o enfoque, pretenden provocar cambios cognitivos o insights en el pensamiento de las partes. Es así como corresponde al mediador facilitar esta tarea introspectiva, lo que puede encuadrar una práctica reflexiva.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a4

El mismo autor comenta que quien conduce el proceso desempeña una influencia consciente sobre las partes, pero desde un rol facilitador e intervencionista, pero no directivo. En realidad, la persona mediadora no puede hacer nada sobre las partes, sino que son animadas durante el proceso de mediación a reflexionar sobre sus propios sentimientos, preocupaciones y valores para que se revele el verdadero motivo por el que se produce el conflicto.

De este modo, tenemos que este modelo es adecuado en la mediación empresarial cuyos socios son familiares, ya que para llegar a la solución del conflicto no es necesario seguir una forma diseñada, ya que las personas involucradas pueden elegir las técnicas que quieran ser usadas para así poder resolver sus conflictos, y cuando se trata de familiares es fácil ya que la confianza está presente y puede ser aún más práctico llegar a un fin.

En resumen, el modelo de mediación insight es viable en la solución de conflictos entre socios de empresas familiares, toda vez que es necesario que las partes involucradas realicen una introspectiva de su participación en el conflicto. Este modo reflexivo colabora a que el socio encuentre un cauce a la dificultad, analizar las posibilidades de solución que tenía antes, durante y después del conflicto, lo que permite prevenir situaciones similares futuras en la empresa familiar.

5. Criterios para considerar una mediación empresarial eficaz

En este apartado se analizarán criterios relacionados con el éxito de la mediación, lo cual se abordará desde una perspectiva de solución de conflictos empresariales-familiares; se comenzará con los autores Gonzalo Serrano, Carla Lopes, Dámaso Rodríguez y Lourdes Mirón (2006),quienes refieren que el éxito en la mediación está relacionado con la satisfacción sentida, la eficacia percibida.

Continuando con dichos autores, mencionan que, aunque se trata del punto final del proceso de mediación, los resultados, el éxito o la eficacia atribuida a la misma son los aspectos que nos permiten ordenar los demás factores concurrentes en el modelo (Serrano, Lopes, Rodríguez, y Mirón, 2006). Es decir, la pregunta por el resultado, exitosos o no, de la mediación nos lleva a indagar las razones del mismo e ir, por tanto, decidiendo la importancia de cada factor en función de su relación o “aportación” a un final positivo.

Existen varios criterios de éxito en la mediación y son los siguientes (Serrano, Lopes, Rodríguez y Mirón, 2006):

a) Llegada a un acuerdo en el proceso de mediación.

b) Eficacia percibida.

c) Satisfacción global.

d) Opinión sobre la satisfacción global.

e) Satisfacción sobre cada uno de los temas abordados y pactados.

f) Voluntad de cumplir el acuerdo.

g) Opinión sobre la voluntad de cumplir el acuerdo.

h) Recomendación del uso de la mediación a otras personas.

i) Opinión positiva de la mediación.

Además de lo anterior, se debe considerar que el de la mediación en la solución de conflictos de empresas familiares la propiedad, la familia y la empresa; es decir, el modelo de los Tres Círculos, introducido al campo de investigación de la empresa familiar por los autores Taguri y Davis en 1982.

Dicho modelo constituye una herramienta de análisis de gran utilidad para abordar la problemática de las relaciones familiares y empresariales mediante el estudio de actores y de roles, lográndose a través de la misma identificar diferentes grupos de interés coexistentes en la empresa familiar; aspecto generador de múltiples conflictos organizacionales; sin embargo, a pesar de su utilidad en el diagnóstico del escenario de la empresa familiar en un momento dado, el mismo limita la posibilidad de evaluar diferentes estadios experimentados por ésta a lo largo del tiempo (García T., 2005).

En dicha tesitura, se considera que los criterios mencionados, aplicados con el modelo de los Tres Círculos puede facilitar que una mediación sea exitosa, es decir, que se logren concretar acuerdos e inclusive la transformación

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a4

del conflicto mejorando las relaciones familiares, lo cual coincide con los modelos de Harvard y transformativo, pero se debe que también las condiciones para la solución; la solución del conflicto dependerá del contexto, del momento, lugar, tipo de relación, historia familiar, entre otros factores circunstanciales que impidan la solución del conflicto en la empresa familiar.

Conclusiones

Los conflictos en una empresa familiar pueden generar caos en el lugar de trabajo, para lo cual es necesario recurrir a la mediación empresarial para resolver los conflictos familiares que inciden en el ámbito empresarial, no solo a las personas que son afectadas directamente sino también a quienes son afectados indirectamente, para poder generar opiniones e ideas y alternativas de solución a conflictos existentes.

Si bien en México el uso de la mediación va en aumento, aún quedan retos importantes en las instituciones educativas a fin de impulsar la formación profesional de mediadores que repliquen el uso de este mecanismo en campos como el empresarial que requiere un enfoque organizacional.

Los modelos de mediación mencionados pueden servir para identificar el principal objetivo de la intervención en la solución de conflictos en empresas familiares. Al tenor del presente tema, se considera viable la implementación del modelo Insight por tener una combinación de los modelos tradicional-lineal y transformativo, lo cual amerita una atención integral por parte del mediador, en tomar en cuenta los intereses y necesidades de las partes, así como la transformación de las relaciones interpersonales basadas en una solución reflexiva.

Asimismo, es necesario continuar con la divulgación de la mediación a fin de que los ciudadanos tengan el conocimiento de sus alcances y sea mayor la demanda de la prestación de este servicio profesional a través de centros de mediación públicos y privados; es decir, inclusive como servicio adicional de los despachos jurídicos.

Las instancias de gobierno encargadas de la capacitación a micro, pequeñas, medianas y grandes empresas tienen un área de oportunidad a desarrollar, ya que pueden divulgar y capacitar a los directivos y socios en lo

concerniente a la mediación empresarial y apoyar a quien lo requiera para brindar la información necesaria.

Para el desarrollo de esta actividad es indispensable el otorgamiento de recursos públicos y/o privados para implementar la mediación empresarial, ya que el interés de impulsarla trae un beneficio social, en relación a la generación de empleos y la economía del Estado y del país.

Es indispensable la aplicación adecuada y el otorgamiento de recursos públicos y privados para la implementación de la mediación empresarial, ya que el interés de impulsarla es además de un interés económico, un deber social que va relacionado a la generación de empleos y economía del Estado y del país.

Finalmente, la mediación empresarial debe ir más allá de una resolución económica de un conflicto de una empresa familiar, se deben abordar los sentimientos de las personas, reconociendo las cualidades de las partes y minimizando sus defectos, para llegar a establecer un modelo de intervención de conflictos, buscando armonía en la relación generacional, evitando procesos legales futuros y encontrar armonía y alternativas de solución a los conflictos familiares empresariales existentes.

Referencias

Baruch Bush, R. A. y Ganong Pope, S. (2008). La mediación transformativa: un cambio en la calidad de la interacción en los conflictos familiares. *Revista de mediación*, (2008), 17-28.

Bermejo, M. (2015). *Empresas Familiares Latinas: más gobierno, mejores empresas.* Madrid: Llorente & Cuenca.

Calderón Hernández, G., Álvarez Giraldo, C. M. y Naranjo Valencia, J. C. (2006). Gestión humana en las organizaciones un fenómeno complejo: evolución, retos, tendencias y perspectivas de investigación. *Cuadernos de Administración*, *19*(32), 225-254.

Carlos Simon, J. (2014). *Empresas familiares*. Recuperado de https://www.pwc.com/mx/es/eventos/archivo/2014-03-context-empresas-familiares-mx.pdf

Centro de Investigación y Docencia Económicas. CIDE. (2015). *Informe de Resultados de los Foros de Justicia Cotidiana*. Recuperado de https://imco.org.mx/wp-content/uploads/2015/04/Documento_JusticiaCotidiana_.pdf

Fisher, R. y Ury, W. (1989). *Getting to yes: Negotiating an agreemnet without giving in.* San Francisco: Random House Business Books.

Folger, J. P. (2008). La mediación transformativa: Preservación del potencial único de la mediación en situaciones de disputas. *Revista de mediación*, (2), 6-16. Recuperado de https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/06/Revista-Mediacion-02-02.pdf

Francés, A. (2006). *Estrategia y planes para la empresa: con el cuadro de mando integral*. México: Pearson Education.

Gallo, M. y Ward, J. (1991). *Protocolo Familiar*. Pamplona: Universidad de Navarra.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a4

García T. (2005). Estudio de empresas familiares en escenarios partiendo del modelo evolutivo tridimensional. *Omnia*, (10), 29-52.

Garrido Soler, S. (2017). Mediación insight: un modelo reflexivo y pedagógico para abordar los conflictos. *Revista de Mediación*, (10), 1-9.

Hernández Ramos, C. (2014). Modelos aplicables en mediación intercultural. *Barataria*, (6), 67-80.

IMCP. (2014). Colegio de Contadores Públicos de México. Historia de la empresa familiar en México. Universidad La Salle México. *Boletín de Comisión de Desarrollo Asesores de Empresas Familiares*. Recuperado de http://www.empresasfamiliares-lasalle.mx/sites/default/files/descargables/Historia_de_la_Empresa_Familiar_en_Mexico.pdf

Lasheras Mayoral, N. S. (2014). Mediación en empresa familiar: más allá del protocolo familiar. *Revista de Mediación*, *7*(1).

Leach, P. (1999). *Empresas Familiares*. Buenos Aires: Granica.

Martín Castejón, P. J. y Martínez Martínez, L. (2012). La gestión del conflicto en la empresa familiar como principio básico para su continuidad. *Omnia Science*, (2012), 45-54.

Mayoral, N. S. (2014). Mediación en empresa familiar: más allá del protocolo familiar. *Revista de Mediación*, *7*(1), 60-69.

Meira Teixeira, R. y Carvalhal, F. (2013). Sucesión y conflictos en empresas familiares. *Estudios de casos múltiples en pequeñas empresas hoteleras*. *22*(5), 854-874.

Melchin, K. y Picard, C. (2008). *Transforming Conflict Through Insight*. Toronto: University of Toronto.

Melero Ynaraja, J. L. (2009). La mediación en la familia empresaria: un posible nuevo reto. *Revista de Mediación*, (2009), 6-11.

México. Senado de la República. (17 de mayo de 2016). Recuperado de http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2016-05-18-1/assets/documentos/Ini_Cod_Civ_Fed_Pod_Ejecutivo.pdf

Miserda, F. (2010). *Empresas de Familia estrategias de éxito y permanencia.* Bogotá: Universidad del Rosario.

Munuera Gómez, P. (2007). El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas. *Portularia*, (2007), 85-106.

Pérez Espinoza, M. J. (2014). *Protocolo Familiar como instrumento de mediación de conflictos en las empresas familiares*. Samborondón: UEES.

Pérez, M. J. (2015). Protocolo: un instrumento para mediar conflictos en empresas familiares. *Desarrollo Gerencial*, (2015), 81-99.

Price, J. (2017). Method in analyzing conflict behavior: The insight approach. *Revista de Mediación*, *11*(1), 1-9. Recuperado de https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2018/01/Revista21-e1.pdf

RAE. (2018). *Real Academia Española*. Recuperado de http://dle.rae.es/srv/fetch?id=HZnZiow

Rondón García, L. M. (2011). Modelos de mediación en el medio multiétnico. *Revista de Trabajo Social*, (13), 153-169. Recuperado de https://revistas.unal.edu.co/index.php/tsocial/article/viewFile/28444/28789

Serrano, G., Lopes, C., Rodríguez, D. y Mirón, L. (2006). Características de los mediadores y éxito de la mediación. *Anuario de Psicología Jurídica,* 16, 75-88.

Vanoni Martínez, G. y Pérez, M. J. (2015). Protocolo: Un instrumento para mediar conflictos en empresas familiares. Desarrollo Gerencial, (6), 81-99.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a4

Leyes consultadas

México. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

México. Código Civil Federal de México.

Notas

[1] Artículo derivado de la tesis doctoral titulada "Mediación empresarial. Una vía en la solución de conflictos en corporaciones familiares en Nuevo León.", realizada dentro del Programa Nacional de Posgrados de Calidad del CONACYT.

[2] La mediación empresarial familiar puede ser una solución alterna a los conflictos que se dirimen en los tribunales y una forma de intervención y transformación del conflicto en donde se exponen los sentimientos, valores y vínculos familiares, buscando una forma pacífica de solución de conflictos, ahorrando tiempo y recursos económicos.

[3] En México, la materia civil se regula a través del Código Civil Federal y los Códigos Civiles de cada Entidad Federativa o Estados. En el presente trabajo se cita al ordenamiento federal por regir en todo el país.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI: 10.22187/rfd2018n45a4

Doctrina

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson⇳

Da questão dos incentivos fiscais na Republica Federativa do Brasil*

De la cuestión de los incentivos fiscales en la República Federativa del Brasil

Question of Tax Incentives on the Federal Republic of Brazil

Resumo: *Quando do estudo do plexo normativo tributário, no Brasil, depara-se com uma lacuna jurídica, no que tange ao enquadramento e ao próprio conceito jurídico de incentivo fiscal. A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, tem por linha de fundo ofertar algumas premissas basilares sobre a configuração normativa dos incentivos fiscais, vindo a reconhecer que o correto uso dessa forma de intervenção do Estado na economia, pode fomentar o desenvolvimento de direitos como da cultura, educação, saúde, sustentabilidade ambiental, desenvolvimento regional, dentre outros ditames constitucionais.*

Palavras-chave: *incentivos fiscais, desoneração tributária, norma indutora, extrafiscalidade.*

Resumen: *En el estudio del plexo normativo tributario, en Brasil, se encuentra una laguna jurídica, en lo que refiere al encuadramiento y al propio concepto jurídico de incentivo fiscal. La investigación que se presenta, haciendo uso de una me-*

⇳ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa "Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais" do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus João Câmara.
✉ *rocconelson@hotmail.com*

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

todología de análisis cualitativo y los métodos de enfoque hipotético-deductivos de carácter descriptivo y analítico, tiene por línea de fondo ofrecer algunas premisas basilares sobre la configuración normativa de los incentivos fiscales, reconociendo que el correcto uso de esa forma de intervención del Estado en la economía, puede fomentar el desarrollo de derechos como la cultura, la educación, la salud, la sostenibilidad ambiental, el desarrollo regional, entre otros dictámenes constitucionales.

Palabras clave: *incentivos fiscales, desgravación fiscal, inductor estándar, extrafiscalidad*

Abstract: *When studying the complex regulatory taxin Brazilis facinga legal loophole, in regard to the legal framework and the very concept of tax incentives. Research on screen, making use of amethod of qualitativeanalysis, usingthe methods ofhypothetical-deductive approach of descriptive and analytical character, is the bottom line offer some basicassumptions about the normativedesign of the tax incentives, come to recognize the correct use of this formof state interventionin the economy, canfoster the development ofrights asculture, education, health, environmental sustainability, regional development, among other constitutional provisions.*

Keywords: *Tax incentives, Tax relief, Standard inductor, Extrafiscality.*

Recibido: 20180329
Aceptado: 20180515

Das considerações iniciais

O exercício financeiro do Estado é desenvolvido como meio para que este possa prestar as atividades em benefício da sociedade e atingir os fins esculpidos nas normas constitucionais.

No contexto do momento político-econômico, em que passa o Estado, afere-se que a figura do tributo é a principal fonte de receita para subsidiar suas atividades[1]. Não só isso, constituindo, também, uma das principais formas de intervenção no domínio econômico, onde uma maior oneração ou desoneração tributária podem vim a induzir comportamentos por parte da entidade privada[2], promovendo ou obstaculizando o feixe de direitos e programas constitucionais, onde o tributo se estenderia além de uma função fiscal[3].

É nesse bojo da extrafiscalidade do tributo, que com fim de atingir outros fins que não o de arrecadação[4], por meio da indução do comportamento do cidadão e do empresariado[5], insere-se a chamada teoria dos incentivos fiscais[6].

Sobre a função alocativa do tributo, ou seja, indutora, explicita o professor Schoueri (2011):

> (...) quando se tem em conta que a própria incidência do tributo não é neutra sobre a economia, pois acaba por ter reflexos na forma como a totalidade dos recursos é dividida para utilização no setor pública e no setor privado. Reflexo da função alocativa, tem-se a indução de comportamentos. Afinal, a tributação se vincula a comportamentos humanos e a incidência tributária passa a ser um fator a ser considerado na própria decisão do agente econômico; (...) (p. 37)

A figura dos incentivos fiscais é um instrumento de clara extrafiscalidade[7]. Em virtude da ausência de dispositivo legal que traçasse sua definição e formas de manifestação[8], tem seus fundamentos construídos doutrinariamente[9].

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

Destaca, o professor Catão (2004), quanto do uso impreciso da terminologia incentivos fiscais:

> Há sem dúvida na doutrina, no ordenamento positivado, inclusive constitucional, e especialmente nos meios econômicos, políticos e até entre os leigos, o uso dessa expressão com uma razoável imprecisão quanto à caracterização de um incentivo fiscal, especialmente quando se trata de adequação ao princípio da capacidade contributiva (pp. 51-52)[10].

Não há dúvidas que essa lacuna legal traz obscuridade e insegurança jurídica quando das formulações das políticas tributárias, quando a aferição do tratamento jurídico a ser dado, pois torna-se fulcral conhecer a natureza jurídica dos incentivos fiscais, para o seu enquadramento e, consequentemente, devido tratamento jurídico[11].

Sobre o limbo conceitual, no que tange aos incentivos fiscais, o professor Rodrigues (2007), explicita:

> Vale observar que a imprecisão no que toca à definição das espécies de incentivos permite confundi-las com a não-incidência legal e constitucional ou, até mesmo, com a imunidade do mínimo existencial. Parece-nos que o proprio legislador constitucional lança mão dessas espécies sem se preocupar em defini-las ou hierarquizá-las, (...) (pp. 19-20)

Assevera que a matéria, ora tratada, não consta de uma sistematização via norma constitucional. Em caráter infraconstitucional a lei de responsabilidade fiscal (lei complementar nº 101/02), versa, apenas sobre os limites dos incentivos fiscais, em um âmbito de gestão orçamentária[12].

Incentivos fiscais

É fulcral constituir a premissa que o direcionamento teleológico dos incentivos fiscais se dar de acordo com o paradigma estatal em vigência.

Quando do Estado Social, cunhado sobre os pilares do pensamento econômico de Keynes, tem-se a figura dos incentivos fiscais como algo imprescindível ao desenvolvimento econômico[13/14]. A política fiscal era baseada “na ideia de desenvolvimento movido à custa do dinheiro do Estado” (Torres, 2005, 134).

Aduz o professor Elali (2007):

> Com efeito, ao tempo do Estado Intervencionista, ou mais especificamente durante as décadas de ouro do Século XX (1950 a 1970), era comum a concessão de incentivos em prol do crescimento econômico, passando o desenvolvimento econômico a ocupar o lugar de maior importância entre os princípios da economia e do díreito. Nesse contexto, Brasil, Estados Unidos e as maiores nações da Europa passaram a adotar a idéia de promover o desenvolvimento econômico através dos auxílios financeiros e fiscais. Disseminava-se, então, a idéia de que os incentivos fiscaís correspondiam à contrapartida de um interesse público, na linha do que pregavam os estudos estrangeiros (p. 115).

Na década de 70 (séc. XX), em face dessa política de incentivos fiscais, a qual fez concessões desmedidas e imprudentes, que, frequentemente, era direcionado a setores da sociedade, constituindo verdadeiros privilégios, em afronta ao princípio da isonomia, levou o Estado provedor a uma crise financeira[15]. Nesse ponto merece atenção as palavras de Elali (2007):

> Naquela época, os Estados passaram a oferecer aos agentes econômicos uma série de vantagens de cunhos financeiros e fiscais, que, em verdade, constituíam o modo de fomentar as atividades econômicas.Todavia, *não se ponderou com os critérios necessários o que deveria limitar a concessão de tais vantagens, levando os Estados a uma situação de grandes dificuldades em termos de déficits orçamentários. Em conseqüência, deflagrou-se uma grande crise do Estado Fiscal já nos anos 70,* impondo-se uma mudança no modo de planejamento do desenvolvimento econômico e da outorga de vantagens financeiras e fiscais (p. 122).

Santos (2003), sintetiza a visão que se tinha, especificamente, dos incentivos fiscais, na época:

> O juízo sobre os incentivos fiscais era globalmente negativo: estes, ao perturbarem o "level playing field", tenderiam a distorcer as decisões normais de investimento e, consequentemente, a produzir uma distribuição ineficiente de recursos e uma redução do bem-estar geral (p. 340).

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

A partir dos novos paradigmas políticos e econômicos do neoliberalismo[16], modelo do início da década de 80 do séc. XX, tendo como marco instituidor, em âmbito global, o chamado "Consenso de Washington"[17], o qual refletiu os principais direcionamentos em matéria de política econômica, monetária, cambial, fiscal e comercial, a figura dos incentivos fiscais é elevada a um novo patamar, onde é associada as noções de transparência, responsabilidade[18] e legitimidade[19], aferindo esta quando concedida em situações de razoabilidade, levando em conta a capacidade contributiva e o desenvolvimento econômico.

Definição

Os incentivos fiscais são conceituados, assim, pelo professor Catão (2004):

> (...) são instrumentos de desoneração tributária, aprovados pelo próprio ente político autorizado à instituição do tributo, através de veículo legislativo específico, com o propósito de estimular o surgimento de relações jurídicas de cunho econômico. Trata-se de uma suspensão parcial ou total, mas sempre provisória, do poder que lhe é inerente, a fim de conformar determinadas situações, diferindo a tributação para o momento em que a captação de riquezas (imposição fiscal) possa ser efetuada de maneira mais efetiva, eficiente e justa (p. 13).

O professor Elali (2007) oferta uma definição de incentivos fiscais a partir da premissa de que o mesmo é uma forma de manifestação da norma indutora tributária para regulação econômica:

> Assim, os incentivos fiscais são os instrumentos hábeis para servirem à indução econômica nas hipóteses de benefícios que passam a ser outorgados para incentivar comportamentos específicos (p. 114).

Melo (2007), explicita sobre os incentivos fiscais tendo em vista o seu elemento teleológico:

> Os incentivos fiscais consistem, basicamente, em espécie de renúncia de receitas públicas para o administrador público e benefícios aos administrados (contribuintes), objetivando o desenvolvimento econômico regional, o aumento do saldo da balança comercial, o desenvolvimento do parque industrial nacional, a geração de empregos, a colocação de pro-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

> dutos de fabricação nacional no mercado externo dentre outros (p. 140).

Podemos ofertar a seguinte conceituação do fenômeno jurídico: os incentivos ficais seriam desonerações tributárias de caráter provisório determinado por lei que podem se manifestar nas dimensões da despesas e/ou receitas públicas com natureza jurídica de normas eminentemente indutoras com o fito de influenciar demandas de cunho econômico e/ou social.

Da exigência do art. 165, §6º da Constituição Federal

Lembrar que por tratar de despesas e receitas públicas, todas as espécies de incentivos devem estar previstas na lei orçamentária como se determina a regra constitucional do art. 165, §6º da Constituição Federal[20]. É introjetado, por meio desse enunciado redacional, o princípio da clareza orçamentário[21].

Destaca-se, que a normatividade extraída do artigo, supra, da Constituição Federal, o qual exige que o projeto de lei orçamentária contenha o demonstrativo contábil do impacto, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia, no que tange as receitas e as despesas públicas, é inspirado em pesquisas, no Estados Unidos, no qual constatou-se o uso maior de isenções (incentivos fiscais que afetam a receita), como forma de direcionar tal benefício fiscal, constituindo um verdadeiro privilégio[22], em contraposição ao uso de subvenções (incentivos fiscais que afetam a despesa), pois por tratar-se de gasto público, deveria ser especificado no orçamento, e consequentemente, haveria uma maior controle e transparência.

O professor Torres (2005), bem especifica sobre os estudos americanos sobre a similitude, no que tange aos efeitos, entre a isenção e as subvenções:

> (...) Observou Carl Shoup que, na prática americana, embora as subvenções sejam mais eficientes que as isenções (permitem o controle do cumprimento das condições impostas e o calculo do gasto público), o legislador muitas vezes opta pelas isenções porque sabe que a subvenção direta, aparecendo no orçamento, não contaria com a aprovação pública; esse comportamento e ilógico, porque a entidade que não merece a subvenção não poderá obter a isenção. No Brasil, durante muitas décadas, adotou-se a política da concessão indiscriminada de

isenções e subsídios instrumentos que permitia a canalização de recursos púbicos para setores atrasados e improdutivos da economia, que não chegavam a ser conhecidos e nominados.

39. De modo que se tornou realmente importante desmascarar os diversos privilégios, a fim de que se identificassem os odiosos. O trabalho dos americanos Staley S. Surrey e Paul R. Me Daniel, ao denominar de "gasto tributário" (tax expenditure) o incentivo sediado na receita e equipará-lo ao verdadeiro gasto representado na despesa (subvenção), contribuiu decisivamente para clarear o assunto, repercutindo sobre a doutrina, a legislação e a jurisprudência de diversos países e fazendo com que o próprio orçamento dos Estados Unidos, após 1975, passasse a conter uma análise especial intitulada "Tax Expenditures", que inspirou o art. 165, § 6°, da CF. (...) (p. 135)

Com a finalidade que acabar com os privilégios tributários odiosos, seguindo a esteira do art. 165, §6º, o constituinte, no art. 41 dos Atos de Disposição Constitucional Transitórias, exigiu a revalidação de todos os incentivos fiscais, via instrumento legal, sob pena de revogação após dois anos da publicação da Constituição de 1988. Segue a redação *ipsi literis* da ADCT:

Art. 41. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis.

§ 1º - Considerar-se-ão revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei.

§ 2º - A revogação não prejudicará os direitos que já tiverem sido adquiridos, àquela data, em relação a incentivos concedidos sob condição e com prazo certo.

§ 3º - Os incentivos concedidos por convênio entre Estados, celebrados nos termos do art. 23, § 6º, da Constituição de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, também deverão ser reavaliados e reconfirmados nos prazos deste artigo.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

Nessa esteira de evitar os privilégios, garantindo o controle dessas normas tributárias indutoras de forma que estejam em conformidade com os vetores axiológicos constitucionais, é o conteúdo do art. 14 da lei de responsabilidade fiscal:

> Art. 14. *A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro* no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:
>
> I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;
>
> II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

Assevera o professor Oliveira (2010):

> A renúncia de receita é providência política que gera crescente rivalidade entre Municípios e entre Estados, os quais abrem mão de parte da receita do ICMS, redundando em confrontos inconvenientes. A LC 101/2000 veio dar grande passo na limitação de possíveis conflitos. A renúncia de receita, através de concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária, deve estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência (p. 134)[23].

Afere-se que a preocupação do constituinte em evitar o desvirtuamento dos incentivos fiscais foi tamanha que a aplicação de subvenções e renúncias de receitas sofrem fiscalização pelo Tribunal de Contas, como determina o art. 70 da Constituição[24]. Além disso, o §6º do art. 150 do texto constitucional, exige que a concessão de qualquer subsídio ou isenção, redução de

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, seja feito por meio de lei específica[25].

Arrebata o professor Carrazza (2013): "Frisamos que, exceção feita aos casos de imunidade (previstos na própria Constituição), os incentivos fiscais que se traduzem em mitigações ou supressões da carga tributária só são válidosse, observados os limites constitucionais, (...)".

Nesse interim, constata-se que os incentivos fiscais devem respaldo ao plexo normativo fruto dos principios constitucionais, como o do princípio da legalidade, princípio da isonomia, princípio federativo, princípio da segurança jurídica, princípio da uniformidade tributária, dentre outros.

Espécies

Os incentivos fiscais podem ocorrer sobre as despesas e sobres as receitas públicas. A partir dessas duas facetas, da matéria financeira, será apontado os incentivos fiscais especificando suas espécies.

É salutar destacar que os incentivos, seja sobre as despesas, seja sobre a receita, são fenômenos relacionados, podendo se dizer que são "as faces da mesma moeda", constituindo-se diferenças apenas no aspecto formal, doravante, a consequência financeira será a mesma[26].

Dos incentivos fiscais sobre as despesas públicas

No que se refere aos incentivos fiscais, sobre as despesas, podem ser na modalidade de subvenção, créditos presumidos e subsídios.

Subvenção

Seria uma forma de doação condicionada pela entidade de direito público, onde a entidade privada necessitaria ofertar uma contraprestação pelo benefício recebido.

Tal incentivo é regido pelas normas de direito financeiro:

> Quanto à natureza jurídica, poderia se afirmar, *ab initio,* se tratar de incentivo financeiro ou creditício para finalidade espedfica, regido pelas normas do Direito Financeiro. (...) (Catão, 2004, 60)[27].

Essa modalidade de incentivo fiscal possui duas formatações: subvenção de custeio e subvenção de investimento.

Na de custeio é ofertado um aporte financeiro para estimular certa atividade, a qual sem esse incentivo, em condições regulares não seria galgado. No caso da subvenção de investimento, a entidade pública faz a transferência de capital para a entidade privada para que a mesma preste certa atividade específica.

A lei geral que estatui as normas de direito financeiro (Lei nº 4.320/64), assim distingue as subvenções:

> Art. 12. (...)
>
> § 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:
>
> I - *subvenções sociais,* as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa;
>
> II - *subvenções econômicas*, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

As subvenções sociais, visaria "a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica"[28].

Já as subvenções econômicas dariam "cobertura dos déficits de manutenção das empresas públicas, de natureza autárquica ou não, far-se-á mediante subvenções econômicas expressamente incluídas nas despesas

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

correntes do orçamento da União, do Estado, do Município ou do Distrito Federal”[29]. bem como seriam dotações orçamentárias possíveis de destinar cobrir “a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios ou outros materiais” e ao “pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais”[30].

Essas modalidades de subvenções compõe os elementos da transferência corrente[31], essa integrante da categoria econômica de despesa corrente[32].

Créditos presumidos

A desoneração, no que tange aos créditos presumidos, seria a presunção do recolhimento de um tributo (este que de fato não ocorreu) o qual se constituirá quando venha por beneficiar o contribuinte, ou seja, quando a presunção legal constitua-se em um valor menor do que o valor real (Silva e Motta Filho, 2010). É um incentivo cuja natureza varia com a normatividade dada em lei, fazendo as vezes de isenção, subvenção ou mera redução da base de cálculo (ELALI, Incentivos fiscais, neutralidade e desenvolvimento econômico, 2007).

Afira-se o caso do crédito presumido, para o IPI, previsto na Lei nº 9.363/96, que tem por finalidade favorecer a exportação de mercadorias de fabrico nacional, a partir de insumos adquiridos no mercado interno.

O art. 153, §3º, III da Constituição Federal[33] determinara a regra imunizante do IPI, no que tange aos produtos industrializados para exportação. Todavia, apresente imunidade não se aplica as contribuições especiais do PIS/PASEP e CONFINS.

De tal sorte, com a finalidade de favorecer a exportação, permitindo um preço do produto mais competitivo no cenário internacional, a Lei nº 9.363/96 cria o crédito presumido, que ressarcirá as empresas exportadoras, em relação aos valores pagos a título de PIS/PASEP e CONFINS incidentes sobre as respectivas aquisições, no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, para utilização no processo produtivo.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

Subsídios

Seria a intervenção estatal na economia de forma a alavancar ou incentivar a produção industrial de certos seguimentos, ou mesmo protege-lo de certa instabilidade econômica[34]. Os subsídios visam a equalização de preços, evitando ou minorando as distorções do mercado ou como forma de promoção do desenvolvimento, com o fito de redução das desigualdades sociais.

Percebe-se que os subsídios atuariam na dimensão macroeconômica.

Sobre a conceituação de subsídios, assim explicita o professor Pires (2001):

> (...) toda ajuda oficial de governo, com o fim de estimular a produtidade de indústrias instaladas no páís. O subsidio ter por objetivo promover o desenvolvlmtinto de setores estratégicos sob o ponto de vista econômico, ou de regiões mais atrasadas, além de servir como instrumento de incentivo às exportações, sobretudo em paises em desenvolvimento (Pires, 2001, 36).

No que tange, ainda aos subsídios, segue a advertências sobre o seu uso:

> A concessão de subsídios para o fomento da atividade econômica deve ser utilizada com parcimônia, na medida do possível para promover o desenvolvimento sustentável e não causar discriminação. *Por tais preocupações e em especial para repudiar subsídios que possam ocasionar danos à economia de outros países, a concessão deles condiciona-se a diretrizes internacionais* (Estigara, Pereira e Lewis, 2009, 85)[35].

Dos incentivos fiscais sobre as receitas públicas

Já em relação aos incentivos fiscais sobre as receitas, esta podem ocorrer na modalidade de isenção, diferimentos, remissão e anistia.

O professor Marcos Catão constata que os operadores do direito (legislador, doutrina e tribunais) dedicaram-se um maior estudo em relação aos incentivos fiscais decorrente das receitas públicas. Em face disse, afere-se uma

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

expansão sobre os incentivos nas modalidades isenção e anistia, cuja eficácia ficaram a desejar (Catão, 2004).

Isenção[36]

Esta seria uma forma de exclusão do crédito tributário, previsto no art. 175, I, do Código Tributário Nacional, o qual tem seu fundamento na falta de capacidade econômica do sujeito passivo ou em vista de atingir objetivos de utilidade geral ou de oportunidade política (Carrazza, 2013).

Aduz Carrazza (2013) sobre o pressuposto legitimador das isenções:

> Também as isenções tributárias só podem ser concedidas quando, ao mesmo tempo em que favorecem pessoas, têm em conta objetivos constitucionalmente consagrados (proteção à velhice, à família, à cultura, aos que apresentam desenvolvimento mental precário, aos economicamente mais fracos, isto é, que revelam ausência de capacidade econômica para suportar o encargo fiscal, e assim avante) (p. 986).

No que tange a natureza jurídica da isenção, na esteira da doutrina clássica, seria uma espécie de dispensa de pagamento de tributo, cuja normatividade é veiculada por dispositivo legal, sendo defendida pelo professor Rubens Gomes de Sousa e Amílcar de Araújo Falcão[37]. Ou seja, ocorre o fato gerador, dando ensejo ao surgimento da obrigação tributária, todavia, ocorre a dispensa, via lei, do pagamento do tributo.

Para a doutrina tributarista moderna, tendo como arautos Alfredo Augusto Becker e Souto Maior Borges, a isenção, veiculado por lei, suspenderia a eficácia da lei constituidora do tributo, de sorte que não havendo a incidência do fato gerador, não ocorreria a formação da obrigação tributária, ou seja, para essa linha de pensamento a isenção seria uma hipótese de não-incidência legalmente qualificada (Carrazza, 2013)[38].

> A realização da hipótese de incidência da regra jurídica de isenção, faz com que esta regra jurídica incida justamente para negar a existência de relação jurídica tributária. Por sua vez as hipóteses não enquadráveis dentro da hipótese de incidência da regra jurídica explícita de isenção tributária são precisamente as hipóteses de incidência de regras jurídi-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

> cas implícitas de tributação (Becher, 2007, 325).

Anota Carrazza (2013) sobre essa teoria: "Positivamente, soa absurdo que a lei tributária que concede uma isenção dispense o pagamento do tributo. Afinal, a lei de isenção é logicamente anterior à ocorrência do fato que, se ela não existisse, aí, sim seria imponível" (p. 991).

As consequências jurídicas de entender a isenção como dispensa de pagamento ou como uma forma de não-incidência tributária está nos efeitos da revogação da lei isentiva. Para a doutrina clássica a cobrança do tributo poderia ser feita imediatamente a revogação da lei instituidora da isenção; para a segunda corrente a lei revogadora constituiria uma nova incidência tributária, de tal forma que deveria obedecer os ditames do princípio da anterioridade tributária, devendo ser cobrado no ano fiscal subsequente (Pires, 2007).

Nas palavras do professor Carvalho (2009): "o mecanismo das isenções é um forte instrumento de extrafiscalidade" (p. 535)[39].

Diferimentos

O diferimento seria uma alteração do aspecto temporal do fato gerador, onde alongar-se-ia o prazo para o adimplemento da obrigação tributária[40]. Não há um consenso quanto a sua natureza jurídica[41].

Os professores Silva e Motta Filho (2010) apontam como o surgimento dessa modalidade desonerativas, no Brasil, através do Ato Complementar nº 31 de 1966:

> O surgimento desse fenômeno desonerativo teve origem com o advento do Ato Complementar n. 31, de 28-12-1963, em decorrência da modificação da sistemática de cobrança do então ICM pertencente aos Municípios, preconizada pela Carta Constitucional de 1967 (p. 333).

O professor Melo (2012), bem conceitua e contextualiza a prática do diferimento:

> Constitui uma técnica impositiva de deslocamento da exigência do tributo para momento posterior à ocorrência do originário fato gerador,

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

com a imputação da responsabilidade de seu recolhimento a terceiro.

É utilizado para operações de pequeno porte, ou realizadas por contribuintes sem estrutura empresarial, de proporções modestas ou mesmo sem um efetivo estabelecimento, obetivando a simplificação fiscal de determinadas operações.

Diversas atividades vêm sendo enquadradas nesta sistemática como, por exemplo, as relativas às seguintes mercadorias: algodão em caroço, café cru, cana-de-açúcar em caule, feijão, mamona, soja, produtos in natura, semente, insumos agropecuários, coelho, gado em pé, eqüino de raça, subprodutos da matança do gado, leite, pescado, resíduos de materiais, metal não ferroso, componentes de processamento de dados.

Usualmente, o ICMS fica diferido para operações posteriores como remessa para outro Estado, exportação, industrialização etc (p. 336).

Remissão e anistia

A remissão constitui modalidade de extinção do crédito tributário, segundo o art. 156, IV do Código Tributário Nacional, onde a administração fazendária, em face de uma liberalidade, desobriga o sujeito passivo quanto ao adimplemento do crédito tributário. Seria, nada mais do que "perdão legal de créditos tributários" (Silva e Motta Filho, 2010, 326), previsto em lei, sob os auspícios dos fundamentos desenhados no art. 172 do Código Tributário Nacional:

Art. 172. A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo:

I - à situação econômica do sujeito passivo;

II - ao erro ou ignorância excusáveis do sujeito passivo, quanto a matéria de fato;

III - à diminuta importância do crédito tributário;

> IV - a considerações de eqüidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso;
>
> V - a condições peculiares a determinada região do território da entidade tributante.

A isenção e a remissão geram os mesmos efeitos, o não recolhimento do tributo, todavia, não se confundem. O primeiro "impede que o tributo nasça e a remissão faz desaparecer o tributo já nascido" (Carrazza, 2013, 1039)[42].

Já a anistia seria a segunda forma de exclusão do crédito tributário, nos termos do art. 175, II, do Código Tributário Nacional, onde o sujeito ativo da obrigação tributária perdoaria o sujeito passivo, total ou parcialmente, no que tange as infrações tributárias[43].

A anistia dar-se-á via lei, não abrangendo certas infrações tributárias, como determina o art. 180 do Código Tributário Nacional:

> Art. 180. A anistia abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede, não se aplicando:
>
> I - aos atos qualificados em lei como crimes ou contravenções e aos que, mesmo sem essa qualificação, sejam praticados com dolo, fraude ou simulação pelo sujeito passivo ou por terceiro em benefício daquele;
>
> II - salvo disposição em contrário, às infrações resultantes de conluio entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas.

Atente-se ao fato de que pela sua própria natureza de exclusão de crédito tributário, estar a falar de uma infração tributária que se constituiu em obrigação tributária, todavia, não fora lançado. Não pode anistiar multa tributária já lançada.

Por fim, apesar da semelhança (ambos tratam de perdão), o instituto da anistia não se confunde com o da remissão[44]. Como arremata Carvalho (2009) sobre o assunto:

> (...) Ao remitir, o legislador tributário perdoa o débito do tributo, abrindo mão do seu direito subjetivo de percebê-lo; ao anistiar, todavia, a desculpa recai sobre o ato da infração ou sobre a penalidade que lhe foi aplicada. Ambas retroagem, operando em relações jurídicas já constituídas, porém de índoles diversas: a remissão, em vínculos obrigacionais de natureza estritamente tributária; a anistia, igualmente em liames de obrigação. mas de cunho sancionatório. E, além disso, a anistia pode revelar o esquecinzento da infração que fez irromper a medida punitiva, enquanto a remissão nunca incide no fato jurídico tributário, desconstituindo-o ou apagando-o pelo esquecimento expresso. Têm um ponto comum: as duas figuras encerram o perdão. (...) (p. 539)

Incentivos fiscais no fomento de diversas normas-programas constitucionais

Promoção da Cultura

No art. 215 da Constituição Federal extrai-se as normas programáticas relativas ao direito a cultura, este um direito fundamental[45], prescrevendo que "o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, *e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais*".

As diretrizes constitucionais sobre a cultura enunciam, em seu §6º do art. 215, que a lei criará um "Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público", o qual, dentre várias finalidades elencadas, destaca-se a "produção, promoção e difusão de bens culturais".

Não só isso, o §3º do citado artigo, preceitua, expressamente, a criação de incentivos "à produção e conhecimentos de bens e valores culturais", via dispositivo legal. Afere-se de forma palmar a figura do incentivo fiscal para fins de promoção da cultura, no Brasil, o qual deu-se via Lei nº 8.313/91, conhecida como lei Rouanet, bem como pela Lei nº 8.685/93, que cria meios de incentivos a atividade audiovisual.

É sabido que anterior a Constituição Federal de 1988, fora criado a Lei nº 7.505/86, a qual obteve a alcunha de lei Sarney, a qual trata sobre benefícios

fiscais na área do imposto de renda concedidos a operações de caráter cultural ou artístico, ainda estando em vigor.

A título de exemplo, destaca-se que lei Rouanet cria o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac), o qual tem por finalidade:

> I - contribuir para facilitar, a todos, os meios para o livre acesso às fontes da cultura e o pleno exercício dos direitos culturais;
>
> II - promover e estimular a regionalização da produção cultural e artística brasileira, com valorização de recursos humanos e conteúdos locais;
>
> III - apoiar, valorizar e difundir o conjunto das manifestações culturais e seus respectivos criadores;
>
> IV - proteger as expressões culturais dos grupos formadores da sociedade brasileira e responsáveis pelo pluralismo da cultura nacional;
>
> V - salvaguardar a sobrevivência e o florescimento dos modos de criar, fazer e viver da sociedade brasileira;
>
> VI - preservar os bens materiais e imateriais do patrimônio cultural e histórico brasileiro;
>
> VII - desenvolver a consciência internacional e o respeito aos valores culturais de outros povos ou nações;
>
> VIII - estimular a produção e difusão de bens culturais de valor universal, formadores e informadores de conhecimento, cultura e memória;
>
> IX - priorizar o produto cultural originário do País.[46]

Para a consecução dessas finalidades facultou-se que às pessoas físicas ou jurídicas a opção pela aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda, a título de doações ou patrocínios, tanto no apoio direto a projetos culturais apresentados por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas de natureza cultural, como através de contribuições ao Fundo Nacional da Cultura (FNC)[47].

No art. 26 da Lei nº 8.313/91, trata dos percentuais dedutíveis no caso de doação e patrocínio pela pessoa física e jurídica:

> Art. 26. O doador ou patrocinador poderá deduzir do imposto devido na declaração do Imposto sobre a Renda os valores efetivamente contribuídos em favor de projetos culturais aprovados de acordo com os dispositivos desta Lei, tendo como base os seguintes percentuais:
>
> I - no caso das *pessoas físicas, oitenta por cento das doações e sessenta por cento dos patrocínios;*
>
> *II - no caso das pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, quarenta por cento das doações e trinta por cento dos patrocínios.*
>
> § 1º A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá abater as doações e patrocínios como despesa operacional.
>
> § 2º O valor máximo das deduções de que trata o caput deste artigo será fixado anualmente pelo Presidente da República, com base em um percentual da renda tributável das pessoas físicas e do imposto devido por pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real.

Fomento do desenvolvimento tecnológico e científico

A matéria de ciência e tecnologia fora contemplada na carta cidadão de 1988, no art. 218, onde determina que "o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas".

Semelhante ao direito da cultura, a promoção da ciência e da tecnologia é direito fundamental, por tratar-se de um elemento formador da personalidade do indivíduo, sendo fulcral, não só para a expansão do Estado como para a sociedade.

É nesses termos as palavras da professora Marques (2013), feita em obra coletiva, comentando os artigos da Constituição:

> Os arts. 218 e 219, em conjunto com as outras normas constitucionais, regulam estes "direitos sociais", direitos fundamentais, formando todos

> o conceito jurídico constitucional de Ciência no Brasil. Neste Capítulo IV, são traçadas as linhas mestras e valores (opção-decisão), que deverão reger a ciência e a tecnologia, sua força normativa (Hesse, 1991, p. 1) e eficácia horizontal (Drittwirkung) no direito privado. Na ADI 3.510, o Supremo Tribunal Federal destacou esta visão unitária da Constituiçâo de 1988, realçando a dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade da ciência e seus limites, a importancia da ciência e da tecnologia para os indivíduos, a sociedade e não só o Estado. Em outras palavras, a Constituição de 1988, quando regula a.educação, cultura, ciência e tecnologia na ordem social, esclarece que, no desenvolvimento pleno da personalidade a ciência é hoje parte essencial: ciência faz parte da personalidade, do *homo faber*, na expressão famosa de Hannah Arendt, o homem criativo e trabalhador da ordem social (e cultural); ciência (e tecnologia) faz parte da personalidade do *homo economicus*, desde a visão de Adam Smith (Mastetten, p. 268e s.), aquele que atua no mercado, que consome, que se define pela informação, produtbs e conhecimento que detêm, como parte de sua esfera de poder, do patrimônio pessoal do cidadão-consumidor (ordem econômica) (p. 1993).

No § 4º do art. 218 da Constituição, encarrega a lei de fomentar o investimento pelas empresas "em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos (...)".

O dispositivo constitucional, supra explicitado, é criticado, posto que essa norma programática seria uma maneira típica do Estado em se desobrigar na promoção do desenvolvimento tecnológico e científico, não onerando de forma significativa o orçamento[48].

Em decorrência dessa norma programática fora constituído a Lei nº 11.196/05,[49] o qual vem por constituir regras sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica.

Antes de analisar o conteúdo do disposto legal supra, é importante aferir o conjunto normativo anterior que incentiva a pesquisa tecnológica, nos termos explicitados pelo professor Schoueri (2005):

> (...) tecnológica, já em 1988, por meio do *Decreto-Lei nº 2.433,* que criou incentivos específicos para estimular o desenvolvimento tecnológico, conhecido como "Nova Política Industrial", adotando-se, junto com os incentivos fiscais, medidas voltadas à redução de barreiras não-tarifárias, à desregulamentação da concorrência interna e à eliminação de entraves ao capital estrangeiro. Em 1991, a *Lei n° 8.248* dispunha sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, o que foi alargado por meio da *Lei nº 8.661,* em 1993, para outros setores, ao se introduzirem incentivos fiscais para a capacitação tecnológica da indústria e da agropecuária. Em síntese, a última lei previa: i) dedução; do próprio imposto devido, até o limite de oito por cento, do valor gasto em pesquisa e desenvolvimento, além de sua dedução como despesa, podendo o excesso do crédito ser transferido a períodos subsequentes; ii) isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados sobre equipamentos, máquinas, aparelhos e instrumentos aplicados em pesquisa e desenvolvimento; iii) depreciação acelerada do custo das referidas máquinas; iv) amortização acelerada dos bens intangíveis voltados à pesquisa; v) redução do imposto de renda sobre remessas ao exterior a título de royalties e assistência; vi) ampliação do limite de dedução dos pagamentos a título de royalties, para até dez por cento da receita liquida das vendas dos bens produzidos com a tecnologia assim desenvolvida (p. 124).

No que tange a Lei nº 11.196/05, esta criou Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação – Repes[50], onde o optante (pessoa jurídica) que exerça preponderantemente as atividades de desenvolvimento de software ou de prestação de serviços de tecnologia da informação e que assuma compromisso de exportação igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) de sua receita bruta anual decorrente da venda dos bens e serviços[51], serão excluídos os impostos e contribuições incidentes sobre a venda.

É criado, também, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras – Recap[52].

Nesse regime o beneficiário é pessoa jurídica preponderantemente exportadora, sendo aquela cuja receita bruta decorrente de exportação para o exterior, no ano-calendário imediatamente anterior à adesão ao Recap, houver sido

igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) de sua receita bruta total de venda de bens e serviços no período e que assuma compromisso de manter esse percentual de exportação durante o período de 2 (dois) anos-calendário, terá excluídos os impostos e contribuições incidentes sobre a venda[53].

Ainda instituiu os seguintes incentivos fiscais para a inovação tecnológica, do qual a pessoa jurídica poderá se beneficiar:

> I - dedução, para efeito de apuração do lucro líquido, de valor correspondente à soma dos dispêndios realizados no período de apuração com pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica classificáveis como despesas operacionais pela legislação do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ ou como pagamento na forma prevista no § 2o deste artigo;
>
> II - redução de 50% (cinqüenta por cento) do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI incidente sobre equipamentos, máquinas, aparelhos e instrumentos, bem como os acessórios sobressalentes e ferramentas que acompanhem esses bens, destinados à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico;
>
> III - depreciação integral, no próprio ano da aquisição, de máquinas, equipamentos, aparelhos e instrumentos, novos, destinados à utilização nas atividades de pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica, para efeito de apuração do IRPJ e da CSLL; (Redação dada pela Lei nº 11.774, de 2008)
>
> IV - amortização acelerada, mediante dedução como custo ou despesa operacional, no período de apuração em que forem efetuados, dos dispêndios relativos à aquisição de bens intangíveis, vinculados exclusivamente às atividades de pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica, classificáveis no ativo diferido do beneficiário, para efeito de apuração do IRPJ;
>
> V - (Revogado pela de Medida Provisória nº 497, de 2010)
>
> VI - redução a 0 (zero) da alíquota do imposto de renda retido na fonte nas remessas efetuadas para o exterior destinadas ao registro e manu-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

tenção de marcas, patentes e cultivares[54].

Por fim, a lei em tela criou o programa de inclusão digital, onde reduzidas a 0 (zero) as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS incidentes sobre a receita bruta de venda a varejo de diversos produtos, como telefones portáteis de redes celulares que possibilitem o acesso à internet em alta velocidade, equipamentos terminais de clientes (roteadores digitais), entre outros.

Considerações finais

No bojo do conteúdo apresentado, afere-se que os incentivos fiscais são um instrumento de extrafiscalidade imanente, constituidora de uma normatividade indutora, por incentivar ou desestimular certas condutas do cidadão, o qual pode ser utilizado afetando tanto a receita pública, por meio de isenções, diferimentos, remissão e anistia, quanto a despesa pública, por meio de subvenções, créditos presumidos e subsídios.

Nesse leque de possibilidades para a constituição dos incentivos fiscais é palmar que o seu uso só se legitima quando calcados nos valores máximos constituidores do plexo normativo constitucional, seja na sua veiculação por meio de lei (princípio da legalidade), bem como um instrumento de promoção do universo de normas constitucionais programáticas, no que tange, por exemplo, aos incentivos à cultura, a tecnologia, ao desenvolvimento, a saúde, tendo por norteador de sua aplicabilidade o princípio da isonomia, com o fito de evitar os benefícios odiosos, para favorecimento de poucos em detrimento do universo dos cidadãos brasileiros.

É certo, que o presente trabalho não tem por escopo esmiuçar em profundida os meandros dos incentivos fiscais, mas, tão somente, identificar e analisar quais as melhores modalidades de incentivos fiscais e em que circunstâncias fáticas.

Mas sim levantar considerações gerais, no que tange a juridicidade da mesma, acreditando que este é um dos mais fortes instrumentos, que caso seja manejado dentro dos termos éticos, tendo em vista a transparência e o *e*, pode transformar a almejada realidade do “dever-ser”, da constituição cidadã, na realidade do “ser”, granjeando, assim, a efetivação de diversos direitos fundamentais do carente cidadão brasileiro[55].

Referências

Becher, A. A. (2007). *Teoria Geral do Direito Tributário* (4º ed.). São Paulo: Noesis.

Borges, J. S. (2011). *Teoria geral da isenção tributária* (3º ed.). São Paulo: Malheiros.

Canotilho, J. J., Leoncy, L. F., Mendes, G. F., Sarlet, I. W. e Streck, L. L. (2013). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva.

Carrazza, R. A. (2013). *Curso de Direito Constitucional Tributário* (29º ed.). São Paulo: Malheiros.

Carvalho, P. D. (2009). *Curso de Direito Tributário* (21º ed.). São Paulo: Saraiva.

Catão, M. A. (2004). *Regime jurídico dos incentivos fiscais.* Rio de Janeiro: Renovar.

Cavalcante, F. d. (2007). Considerações sobre incentivos fiscais e globalização. In I. G. Artins, A. Elali e M. M. Peixoto, *Incentivos Fiscais.* São Paulo: MP.

Elali, A. (2010). *Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado.* São Paulo: Quartier Latin.

Elali, A. (2007). Incentivos fiscais, neutralidade e desenvolvimento econômico. In I. G. Martins, A. Elali e M. M. Peixoto, *Incentivos Fiscais.*São Paulo: MP editora.

Elali, A. (2007). *Tributação e regulação econômica – um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais.* São Paulo: MP editora.

Estigara, A., Pereira, R. e Lewis, S. A. (2009). *Responsabilidade Social e incentivos fiscais.* São Paulo: Atlas.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

Faria, J. E. (2004). *O direito na economia globalizada.* São Paulo: Malheiros.

Machado, H. D. (2010). *Curso de Direito Tributário* (31º ed.). São Paulo: Malheiros.

Melo, F. S. (2007). Incentivos fiscais e segurança jurídica. In I. G. Artins, A. Elali e M. M. Peixoto, *Incentivos Fiscais.* São Paulo: MP.

Melo, J. E. (2012). *ICMS – Teoria e Prática* (12º ed.). São Paulo: Dialética.

Oliveira, R. F. (2010). *Curso de Direito Financeiro* (3º ed.). São Paulo: RT.

Paula, A. S. (2004). Ciência e tecnologia nas Constituições brasileiras: breve comparativo com as Constituições estrangeiras. *Revista de Direito Constitucional Internacional* .

Paulsen, L. (2014). *Curso de Direito Tributário* (6º ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Paulsen, L. (2007). *Direito tributário – Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência* (9º ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Pires, A. R. (2007). Ligeiras reflexões sobre a questão dos incentivos fiscais no Brasil. In I. G. Martins, A. Elali e M. M. Peixoto, *Incentivos Fiscais.* São Paulo: MP.

Pires, A. R. (2001). *Práticas abusivas no comércio internacional.* Rio de Janeiro: Forense.

Santos, A. C. (2003). *Auxílios de Estado e fiscalidade.* Coimbra: Almedina.

Schoueri, L. E. (2013). *Direito Tributário* (3º ed.). São Paulo: Saraiva.

Schoueri, L. E. (2005). *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica.* Rio de Janeiro: Forense.

Silva, E. N. e Motta Filho, M. M. (2010). Outras formas desonerativas. In: I. G. Martins, A. Elali e M. M. Peixoto, *Curso de Direito TributárioSão Paulo* (12º ed.). São Paulo: Saraiva.

Torres, R. L. (2005). Anulação de incentivos fiscais – efeito no tempo. *RevistaDialética de Direito Tributário, 121*.

Notas

[*]Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa "Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais", inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.

[1] Explicita Schoueri: "(...) quadro da evolução dos modelos de financiamento do Estado, importa ressaltar que o agigantamento do Estado passou a ser questionado quando se passou a considerar que seu crescimento já não era garantia de melhor distribuição de renda ou de eficiência econômica. Estes objetivos, conquanto permanentes, não se alcançam sem o concurso da iniciativa privada, a quem há de ser reservado um espaço para atuação. O Estado Fiscal social cede espaço para o Estado do século XXI, denominado 'Estado Democrático e Social de Direito' (ou Estado Subsidiário, ou Estado da Sociedade de Risco, ou Estado de Segurança). Marcam-no uma diminuição de tamanho e restrição a seu intervencionismo. É Estado Fiscal, ainda de maneira mais marcante, uma vez que as privatizações diminuem os recursos provenientes de seus esforços" (Schoueri, 2013, 39).

[2] V. "(...) quando se considera que por meio das normas tributárias indutoras, o legislador vincula a determinado comportamento um consequente, que poderá consistir em vantagem (estimulo) ou agravamento de natureza tributária, por meio de um corte, quando se extraem determinações individualizadas (...)" (Schoueri, 2005. 40).

[3] "(...) impõe que se perceba que o tributo tem várias funções. Ao lado da mais óbvia - a arrecadadora – destacam-se outras, comuns a toda a atividade financeira do Estado (receitas e despesas): as funções distributivas, alocativa (indutora) e estabilizadora. Ao afetar o comportamento dos agentes econômi-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

cos, o tributo poderá influir decisivamente no equilíbrio antes atingido pelo mercado. As distorções daí decorrentes também haverão de ser consideradas na análise da tributação" (Schoueri, 2013, 36). "(...) são utilizados com função extrafiscal, isto e, como instrumentos para a intervenção do Estado na atividade econômica, e, em muitas situações, devem ser manejados com rapidez, para que possam produzir a intervenção necessária. Assim, os defensores da utilização dos tributos com função extrafiscal dizem que estes devem ser flexíveis, no sentido de poderem ser alterados sem a demora que decorreria da estrita obediência aos princípios constitucionais da tributação; especialmente aos princípios da legalidade e da anterioridade. Por isto e que esses princípios não se aplicam plenamente aos impostos ditos regulatórios, ou dotados de função extrafiscal, entre os quais podem ser citados os impostos de importação, de exportação e sobre operações financeiras" (Machado, 2010, 39).

[4] Sobre incentivos fiscais: "Pelo seu objetivo, de pronto, diga-se constituir esta desoneração um caso típico de extrafiscalidade" (Silva e Motta Filho, 2010, 331).

[5] "Dessa forma, a extrafiscalidade poder ser concretizada através das chamadas normas tributárias indutoras, por meios de incentivos fiscais ou agravamentos tributários, (...)" (Elali, 2010, 56).

[6] "(...) Em particular, as normas indutoras, quando veiculam incentivos, tem uma importância fundamental na redução das desigualdades regionais e sociais" (...) (Elali, 2007, 29).

[7] "(...) Os incentivos fiscais estão no campo da extrafiscalidade, que, como ensina Geraldo Ataliba, é o emprego dos instrumentos tributários para fins não fiscais, mas ordinatórios (isto é, para condicionar comportamentos de virtuais contribuintes, e não, propriamente, para abastecer de dinheiro os cofres públicos). (...)" (Carrazza, 2013, 988).

[8] "Não devemos confundir os incentivos fiscais (também chamados benefícios fiscais ou estímulos fiscais) com as isenções tributárias. Estas são, apenas, um dos meios de concedê-los. (...)" (Carrazza, 2013, 988).

[9] "Tarefa das mais complexas consiste em unificar os conceitos emitidos por

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

autores brasileiros ao tratarem de incentivos fiscais. (...)" (Pires, 2007, 19).

[10] "A própria legislação brasileira emprega indistintamente os termos incentivo, estímulo e prêmio, (...). Por isso é que auxílios tributários, benefícios fiscais e despesas fiscais são noções estreitamente ligadas entre si" (Elali, 2007, 121).

[11] "(...) impende saber da efetividade ou finalidade em se precisar concretamente um conceito doutrinário ou legal que permita assinalar com perfeição a figura genericamente concebida de incentivo fiscal ou suas espécies" (Catão, 2004, 55).

[12] V. "(...) não há no Brasil, seja pelo texto constitucional, seja por inspiração dos próprios entes políticos, União, Estados e Municípios, uma coordenação quanto aos incentivos fiscais, ou até mesmo uma classificação que compile, divida e qualifique os incentivos, a exemplo do que acontece nas normas do comércio internacional. Só recentemente, a Lei de Responsabilidade Fiscal veio a tratar do tema conforme comentado acima, mas mesmo assimmais voltada para a limitação dos incentivos sob uma perspectiva de gestão orçamentária do que propriamente para a sua ordenação e qualificação" (Catão, 2004, 105).

[13] "Ao tempo do Estado Intervencionista, que se afirmou principalmente nas décadas seguintes ao término da 2º Grande Guerra, sob a inspiração do pensamento keynesiano, acreditava- se que as isenções e os incentivos fiscais eram a panacéia para o desenvolvimento econômico" (Torres, 2005, 134).

[14] "A utilização da política dos incentivos fiscais para a obtenção de determinados desideratos desejáveis aumentou consideravelmente a partir de 1964, acompanhando a formulação de novas teorias progressistas. (...)" (Elali, 2007, 135).

[15] V. "O resultado de tal política foi a deflagração da grande crise do Estado Fiscal nos anos 70/80, que atingiu todos aqueles países e levou à necessidade de mudança do paradigma constitucional e econômico até então adotado. Com efeito, os países europeus e os Estados Unidos viram crescer o déficit público e se desequilibrarem as finanças locais. No Brasil o reflexo foi imediato e a política de incentivos mostrou-se perversa e nociva aos interesses da coletividade, pois não produziu o deselvolvimento econômico esperado e até gerou

o desperdicio de dinheiro público" (Torres, 2005, 134-135).

[16] V. "(...) se afirma a partir da retomada dos fluxos privados de acumulação de capital e é progressivamente marcada pela desregulação dos mercados, pela "financeirização" do capital, pela extinção dos monopólios estatais, pela privatização de empresas públicas, pela desterritorialização da produção e por uma nova divisão social do trabalho". (Faria, J. E.. *O direito na economia globalizada.* 1° ed., 4° tiragem. São Paulo: Malheiros Editora, 2004, p. 111).

[17] Dez reformas básicas resultado deste "consenso": "1) disciplina fiscal para eliminação do déficit público; 2) mudança das prioridades em relação às despesas públicas, com a superação de subsídios; 3) reforma tributária, mediante a universalização dos contribuintes e o aumento de impostos; 4) adoção de taxas de juros positivas; 5) determinação da taxa de câmbio pelo mercado; 6) liberalização do comércio exterior; 7) extinção de restrições para os investimentos diretos; 8) privatização das empresas públicas; 9) desregulação das atividades produtivas; e 10) ampliação da segurança patrimonial, por meio do fortalecimento do direito à propriedade". (Faria, J. Eduardo**.** *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editora, 2004, 165).

[18] "Mas a mudança da ideologia das isenções e a revogação das concessões, facilitadas pela teoria da renúncia de receita, tomaram-se possíveis em decorrência de algumas outras idéias que passaram a predominar no campo das finanças públicas alguns anos antes. Os princípios da transparência fiscal e da responsabilidade foram relevantes para tal desiderato". (Torres, Ricardo Lobo. Anulação de incentivos fiscais – efeito no tempo. IN: *Revista Dialética de Direito Tributário*, (121), 2005, 136).

[19] V. "O art. 70 determina que o Tribunal de Contas faça o controle da legitimidade e da economicidade, o que inclui o exame do real proveito das renúncias de receita para o crescimento do País". (Torres, Ricardo Lobo. Anulação de incentivos fiscais – efeito no tempo. IN: *Revista Dialética de Direito Tributário*, (121), 2005, 136).

[20] Constituição Federal de 1988. Art. 165, § 6º - O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

[21] "O princípio da clareza recomenda que o orçamento organize as entradas e as despesas com transparência e fidelidade. Condena as classificações tortuosas e distanciadas da técnica e os incentivos encobertos ou camuflados" (Canotilho, Leoncy, Mendes, Sarlet e Streck, 2013, 1762).

[22] V. "O art. 165, § 6°, determina que o orçamento seja acompanhado de demonstrativo dos efeitos de todas as renúncias e subvenções, desmascarando, assim, os incentivos camuflados e equiparando os privilégios radicados na receita pública (isenção, dedução, anistia, remissão, isto é, renúncias de receita ou gastos tributários) aos que operam na vertente da despesa (subvenções, restituições de tributos etc.)" (Torres, 2005, 136). "(...) A sua existência indiscriminada tomava os sistemas fiscais mais opacos, bem como dificilmente quantificável a despesa fiscal. A sua cristalização em privilégios fiscais ou em estatutos fiscais diferenciados ameaçava conduzir a uma 'refeudalização' do sistema fiscal e a uma repartição mais injusta da carga tributária. (...)" (Santos, 2003, 340).

[23] V. "Todas as formas de renúncia de receita levam a odiosas situações, normalmente em prejuízo do erário. Objetivam, evidentemente, melhoria das condições locais. No entanto, as medidas são feitas de forma atrabiliária e sem qualquer fundamento legal. Basta a elas o cunho político irresponsável. Agora, a lei corta quaisquer tentativas de benefício indevido, em detrimento de outro ente federativo ou mesmo em detrimento da União ou do Estado, que, ao final, irá suportar a renúncia mediante repasse de seus recursos" (Oliveira, 2010,. 134).

[24] Constituição Federal. Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

[25] Constituição Federal. Art. 150. § 6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, re-

lativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[26] V. "Os privilégios tributários, que operam na vertente da receita, estão em simetria e podem ser convertidos em privilégios financeiros, a gravar a despesa pública. A diferença entre elas é apenas jurídico-formal. A verdade é que a receita e a despesa são entes de relação, existindo cada qual em função do outro, donde resulta que tanto faz diminuir-se a receita, pela isenção ou dedução, como aumentar-se a despesa, pela restituição ou subvenção, que a mesma consequência financeira será obtida" (Canotilho, Leoncy, Mendes, Sarlet y Streck, 2013, 1762). V. "(...) Hoje prevalece na temática dos privilégios fiscais o conceito de renúncia de receita, que aparece no art. 70 da CF/88 e no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, significandu que todos os instrumentos tributários que operam na vertente da receita produzem o mesmo efeito econômico dos itens da despesa (restituição de tributos, subvenção, subsídio), isto é, o enriquecimento do contribuinte e o empobrecimento do Estado." O conceito de renúncia de receita surgiu na literatura jurídico-financeira justamente para realçar a similitude entre os efeitos econômicos das isenções e demais incentivos fiscais e das subvenções, (...)" (Torres, 2005, 132). "Em outras palavras, receita e despesa são duas facetas de uma mesma questão, impondo-se que haja um controle rigoroso na concessão de qualquer das formas de auxílio estatal, seja porque se está falando de recursos públicos, seja porque não se pode afastar da busca da eficiência econômica que deve gerir as políticas públicas (...)" (Elali, 2007, 120).

[27] Cfr."(...) as subvenções, que constituem um benefício de natureza financeira (...)" (Elali, 2007, 48).

[28] Art. 16 da Lei nº 4.320/64.

[29] Art. 18 da Lei nº 4.320/64.

[30] Art. 18, parágrafo único da Lei nº 4.320/64.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

[31] Lei nº 4.320/64. Art. 12. § 2º Classificam-se como Transferências Correntes as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado.

[32] Art. 13 da Lei nº 4.320/64.

[33] Constituição Federal. Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: ...
§ 3º - O imposto previsto no inciso IV: ...
III - não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior.

[34] V. "(...) podem ser estímulos de natureza fiscal ou comercial, para promover determinadas atividades econômicas por períodos transitórios (...)" (Elali, 2007, 48). "...se a norma tributária indutora caracterizar uma vantagem e constatado seja a vantagem especifica a uma empresa ou indústria, ou grupo de indústrias, fica apontado um subsídio. (...)" (Schoueri, 2005, 213).

[35] V. "Nesse sentido, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) admite subsídios, para, dentre outras razões, eliminar desvantagens industriais, econômicas e sociais de regiões específicas, facilitar a reestruturação de certos setores, sustentar o nível de emprego, encorajar programas de pesquisa e desenvolvimento e para a promoção de políticas públicas e para implementar programas e políticas econômicas destinadas a promover o desenvolvimento econômico e social de países em desenvolvimento (...)" (Estigara, Pereira y Lewis, 2009, 85).

[36]Assim define a isenção o professor Leandro Paulsen:"A isenção, de outro lado, pressupõe a incidência da norma tributária impositiva. Não incidisse, não surgiria qualquer obrigação, não havendo a necessidade de lei para a exclusão do crédito. A norma de isenção sobrevém justamente porque tem o legislador a intenção de afastar os efeitos da incidência da norma impositiva que, de outro modo, implicaria a obrigação de pagamento do tributo" (Paulsen, 2014, 228).

[37] Cfr. "Clássica é a tese de que a isenção é um favor legal consubstanciado na dispensa do pagamento do tributo devido. Sensível a reclamos de ordem

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

ética, social, econômica, política, financeira etc., a autoridade legislativa desonera o sujeito Passivo da obrigação tributária de cumprir o dever jurídico de recolher o gravame, mediante dispositivo expresso de lei. Toma-se como premissa que o fato jurídico ocorre, nominalmente, nascendo o vínculo obrigacional. Por força da norma isentante; opera-se a dispensa do débito tributário. Essa posição doutrinaria teve em Rubens Gomes de Sousa (o principal coautor do Anteprojeto do Código Tributário Nacional) seu grande patrono e, ainda que não tenha sido plasmada no texto, impregnou toda a disciplina jurídica da matéria naquele Estatuto" (Carvalho, 2009, 522).

[38] No que tange a dimensão de estudo do presente artigo, restringir-se-á a matéria sobre a natureza da isenção as duas teorias explicitadas. Todavia, não se desconhece ou ignora o fato de ser uma matéria cadente, longe de um de um consenso, cujo estudo gerou diversas teorias, como a da isenção como fato impeditivo, "isenção como delimitação negativa da hipótese de incidência tributária; como tutela jurídica do interesse do contribuinte como limitação ao poder de tributar; como renúncia ao exerci cio da competência tributária etc" (Carvalho, 2009, 995). "De modo que, em síntese, para Paulo de Barros Carvalho, isenção é a limitação do âmbito de abrangência de critério do antecedente u do consequente da norma jurídica tributária, que impede que o tributo nasça (...)" (Carrazza, 2013, 995).

[39] V. Dosando equilibradamente a carga tributária, a autoridade legislativa enfrenta as situações mais agudas, onde vicissitudes da natureza ou problemas econômicos e sociais fizeram quase que desaparecer a capacidade contributiva de certo segmento geográfico ou social. A par disso, fomenta as grandes iniciativas de interesse público e incrementa a produção, o comércio e o consumo, manejando de modo adequado o recurso jurídico das isenções. São problemas alheios à especulação jurídica, é verdade, mas formam um substrato axiológico que, por tão próximo, não se pode ignorar. (...) (Carvalho, 2009, 535). "(...) O afastamento da carga tributária, no caso da isenção, se faz por razões estranhas a normal estrutura que o ordenamento legal imprime ao tributo seja em atenção a capacidade contributiva, seja por razões de cunho extrafiscal" (Paulsen, 2014, 228).

[40] V. "Assim, na verdade, o diferimento nada mais é do que a dilação do pagamento do imposto e atinge o aspecto temporal do fato gerador, tendo em

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

vista que a sua ocorrência é postergada no tempo, realizando-se num momento futuro" (Silva y Motta Filho, 2010, 333). "(...) que representa uma isenção condicionada, na linguagem usada, dentre outros, por Roque Antônio Carrazza" (Elali, 2007, 49).

[41] V. "Ora é aceito como uma não incidência, ora como moratória e, às vezes, ainda, como isenção" (Silva y Motta Filho, 2010, 333).

[42] V. "(...) a lei de isenção é um *prius* e a lei remissiva um *posterius*, no que refere ao nascimento do tributo" (Carrazza, 2013, 1039). "(...) a caracterização das isenções como dispensa legal do pagamento de tributo devido induz à confusão entre isenção e remissão de débitos, porque a distinção entre ambas reside precisamente na circunstância de que, enquanto a lei de isenção impede *a priori* o nascimento do débito, configurando hipótese de não-incidência por não haver-se realizado concretamente o fato gerador da tributação, a lei de remissão de débito tributário dispensa o pagamento de tributo, devido pela efetiva realização concreta do fato gerador da tributação. A remissão de débito tributário não impede o surgimento do fato gerador, posto que decorre de ato legislativo editado *a posteriori* (...)" (Borges, 2011, 211).

[43] V. "Importante ressaltar que, ao se enfocar a anistia, normalmente a explicação se dá pelo seu efeito, ou seja, exclusão da penalidade pecuniária. Entretanto, ao apreciarmos o dispositivo legal, vamos constatar que a exclusão atinge diretamente a infração cometida e não a multa consequente. Expliquemos: em não sendo mais determinado ato considerado infração, ou seja, ilícito tributário, não há razão de ser aplicada a respectiva sanção" (Silva y Motta Filho, 2010, 324).

[44] V. "Anistia é o perdão das infrações à legislação tributária e das respectivas sanções. Não atingi o tributo em si, que persiste. O perdão do tributo ocorre através da remissão, nos termos do art. 172 do CTN" (Paulsen, 2007, 1135). "A anistia se dá quando o legislador exclui o crédito tributário decorrente de infrações a legislação tributária (art. 180 d0 CTN), dispensando o pagamento da multa. Não se confunde com a remissão, ou seja, com a extinção do crédito que alcança o próprio tributo devido (art. 172 do CTN)" (Paulsen, 2014, 229).

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

[45] V. "A cultura e os direitos culturais são na sistemática constitucional brasileira, direitos fundamentais, individuais e sociais, neste sentido gozam da perenidade que lhes empresta à cláusula de vedação contida no inciso III do art. 60 da CF. A expressão cultura utilizada pelo constituinte de 1988 tem endereço certo; dirigindo imediatamente a significação das capacidades do fazer humano e todas as suas manifestações, espirituais, artísticas, intelectuais e científicas, bem como a formatação de uma subconstituição cultural, que pode inclusive caracterizar um Estado de Cultura, onde a expressão máxima está vinculada ao acervo comum da identidade de cada um dos grupos que coopera para a identidade nacional, desde suas memórias históricas, condições étnicas, produção artística, intelectual, filosófica e sociológica. Os princípios de interpretação do sintagma cultura protegida não está divorciada da intenção do constituinte impressa no preâmbulo constitucional, e especialmente do programa que desenhou o art. 3º, I, pois uma sociedade justa livre e solidária é uma sociedade mediada pela cultura, portanto*, é neste sentido que os direitos culturais são direitos humanos e são direitos fundamentais sociais, sendo que o amplo e complexo conjunto de suas manifestações conforma os fundamentos da nacionalidade*" (Canotilho, Leoncy, Mendes, Sarlet e Streck, 2013, 1982).

[46] Art. 1º da Lei nº 8.313/91.

[47] Art. 18 da Lei nº 8.313/91.

[48] V. "É a típica forma do Estado liberal. Desta forma, com o incentivo à livre-iniciativa, através dos estímulos fiscais, como as isenções, a concepção de créditos e outros benefícios, encontrou no Estado uma forma a mais de desobrigar-se para com o desenvolvimento do conhecimento científico e tecnológico, o que significa redução dos encargos financeiros (...)" (Paula, 2004, 275).

[49] Lei regulamentada pelo Decreto nº 5.563/05.

[50] Art. 1º da Lei nº 11.196/05.

[51] Art. 2º da Lei nº 11.196/05.

[52] Art. 12 da Lei nº 11.196/05.

[53] Art. 13 da Lei nº 11.196/05.

[54] Art. 17 da Lei nº 11.196/05.

[55] V. "A concessão de incentivos não é simplesmente uma forma de intervenção do Estado na economia privada. Deve ser entendida, isto sim, como um canal capaz de promover, em última instância, o desenvolvimento em sua face mais humana, que é a de agregar qualidade de vida à população, seja através da criação de empregos, do acesso à cultura, da geração e redistribuição da renda ou de quaisquer outros meios lícitos" (Pires, 2007, 35). V. "(...)Infelizmente, como ressaltado por Boaventura de Souza Santos, constatam-se a 'erosão de eficácia do Estado na gestão macro-econômica' e o aumento das desigualdades entre o Norte e o Sul. Enquanto um quarto da população mundial vive em pobreza absoluta, '15% da população mundial produziu e consumiu 70% do rendimento mundial'. Fortalecimento no sistema de incentivos, auxílios e subsídios, desde que não canalizados para que as grandes empresas poupem seus capitais e desde que haja rigoroso sistema de fiscalização, podem ser os únicos caminhos para alteração desse preocupante quadro" (Cavalcante, 2007, 192).

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a5

Doctrina

Salvador Perán Quesada

La paradoja de Capablanca y las fuentes del derecho

Capablanca's Paradox and Sources of Law

O paradoxo de Capablanca e as fontes do direito

Resumen: *Son numerosas las historias que se esconden tras las treinta y dos piezas enfrentadas dialécticamente en las sesenta y cuatro casillas del tablero de ajedrez, muchas de ellas con estrecha relación con el pensamiento jurídico. El derecho está presente en el ajedrez, en tanto que son normas imperativas las que determinan los movimientos válidos o legales de las piezas. El ajedrez está presente en el derecho en tanto que fenómeno lógico estratégico. La fuerza metafórica del ajedrez para explicar el hecho jurídico ha quedado reflejada en algunos de los textos referentes de la Filosofía del Derecho. Continuando con esa tradición tomaremos una composición de fantasía de José Raúl Capablanca para reflexionar acerca de las fuentes del derecho y su aplicación a cada supuesto concreto.*

Palabras clave: *ajedrez didáctico, fuentes del derecho, metáfora docente.*

Abstract: *There are many stories behind the thirty–two pieces dialectically confronted in the sixty–four squares of the chessboard, many of them closely related to legal thought. The Law is present in chess, becouse imperative rules determine the valid or legal movements of the pieces. Chess is present in Law, becouse Law is a logical and strategic phenomenon. The metaphorical power of chess to explain the legal phenomenon has been reflected in some of the most important texts of Philosophy of law. Acording with that tradition, we will take a fantasy composition by José Raúl Capablanca to reflect on the sources of law and its application to each specific case.*

Doctor en Derecho. Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga (España), Director del Observatorio Jurídico Laboral de la Violencia de Género. Facultad de Estudios Sociales y del Trabajo, Campus de Teatinos, 29071, Málaga (España).
Orcid ID: https://orcid.org/0000-0002-0131-7726
speran@uma.es

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a11

Keywords: *didactic chess, sources of law, teaching metaphor.*

Resumo: *Há muitas histórias que se escondem atrás das trinta e duas peças dialeticamente confrontadas nos sessenta e quatro quadrados do tabuleiro de xadrez, muitos deles intimamente relacionados ao pensamento jurídico. O direito está presente no xadrez, enquanto as regras imperativas são aquelas que determinam os movimentos válidos ou legais das peças. O xadrez está presente na direito como um fenômeno lógico e estratégico. O poder metafórico do xadrez para explicar o fato legal foi refletido em alguns dos textos referentes à Filosofia do Direito. Continuando com essa tradição, teremos uma composição de fantasia de José Raúl Capablanca para refletir sobre as fontes do direito e sua aplicação a cada caso específico.*

Palavras-chave: *xadrez didático, fontes de direito, metáfora de ensino.*

Recibido: 20180507
Aceptado: 20180604

En recuerdo de mis abuelos,
que compartían nombre, Fernando,
y pasión por el ajedrez.

Apertura

Del carácter jurídico del ajedrez al carácter ajedrecístico del derecho

El juego del ajedrez representa un sugerente ejercicio intelectual que ha tenido la virtud de interesar desde la antigüedad al ser humano. Quizás solo sea aquel medio *para entretener nuestros ociosos pensamientos*, como diría el cura del Quijote, equiparándolo a la novela caballeresca, y acaso por ello se siga jugando con dedicación y entusiasmo generación tras generación, o quizás sea la forma más singular de arte, como diría Duchamp, lo cierto es, en palabras de Borges, *que el rito no habrá cesado cuando el tiempo nos haya consumido* (Borges, 1960), y que goza en estos tiempos, de una considerable salud, a pesar de los pesares.

En la historia del pensamiento jurídico el uso metafórico del ajedrez ha sido recurrente. Algunas de las grandes controversias del campo de la filosofía del Derecho se han dirimido con un tablero simbólico de por medio. Desde Herbert Hart (1961) a Ronald Dworkin (1977), pasando por Alf Ross (1958), han reflexionado sobre el valor y naturaleza jurídica del ajedrez e incluso han sustentado sus disputas doctrinales en el juego de las 64 casillas.

Desde un punto de vista formal, el ajedrez contiene un conjunto de reglas imperativas que regulan o determinan los movimientos válidos de cada pieza. Sin lugar a dudas, constituye un juego normativizado, en el que se reproducen las cuestiones propias de la regulación jurídica de un campo social, lo que no impide que exista un espacio singular para los aspectos tácticos y teóricos del juego, que determinan el signo *estratégico y funcional* (Nunn, 2003) de cada jugada en cada momento en función de una posición dada.

Ambos planos establecen el carácter jurídico del juego del ajedrez y su relevancia a la hora de elaborar metáforas sobre el Derecho. Sin duda hay Derecho en el ajedrez, pero también ajedrez en el Derecho, en tanto que fenómeno normativo, argumental, conflictivo y estratégico.

Ciertamente la experiencia jurídica es una experiencia *normativa* (Bobbio, 1991), las sociedades se hayan atravesadas por el Derecho, del mismo modo que el Derecho, en tanto que institución social y política compleja, se haya atravesada por las normas. Existen normas jurídicas de distinta naturaleza que determinan el comportamiento humano. La Teoría del Derecho clásica las distingue en función de criterios tales como su carácter –reglas que imponen obligaciones, que confieren facultades, de reconocimiento o de cambio (Hart, 1961)–, el sujeto normativo o destinatario –sean de eficacia general o particular–, por su contenido –abstracto o concreto–, por su promulgación –sean escritas o consuetudinarias–, o su sanción. Clasificación que es completada con el sujeto emisor, existiendo normas derivadas del poder estatal, de la voluntad de las partes o de acuerdos colectivos o de las decisiones de órganos judiciales o administrativos.

Pero a su vez, el Derecho es *argumentación* (Atienza, 2006*).*Si tomamos como referencia el conflicto jurídico, podemos afirmar que no hay práctica jurídica que no consista, sustancialmente, en argumentar. Por ello, todo argumento jurídico requiere de un conjunto de razones *congruentes,* a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar, e interrelacionadas de *forma estratégica y lógica*.

El Derecho debe hacer frente a la tensión existente entre su carácter normativo, su ejercicio material efectivo y su carácter argumentativo o valorativo. Al igual que en una partida de ajedrez, todo agente jurídico que elabora una argumentación jurídica debe desarrollar un pensamiento estratégico que estructure interpretaciones normativas de modo consistente, coherente, exhaustivo, teleológico, fundado en la razón suficiente, y el conocimiento idóneo sobre el caso objeto de la argumentación. Tensión entre carácter normativo y ejercicio material que se manifiesta en el difícil ejercicio de construir un diagnóstico –conocer el modo en que un hecho tiene relevancia jurídica– y dar una solución concreta a dicho hecho –sometiéndolo a un proceso de justificación de las posibles interpretaciones, sopesando argumentos a favor y en contra de cada interpretación factible–.

Los procesos interpretativos y aplicativos de las normas jurídicas no son posibles sin el recurso a la argumentación (Zapatero y Garrido, 2007), y la justificación racional. De este modo, entendemos que todo argumento jurídico para ser válido requiere de una fundamentación normativa suficiente. La va-

lidez de los argumentos jurídicos se deriva de elementos intrínsecos y extrínsecos a la mera fuerza o carácter obligatorio de la norma, por lo que el problema jurídico como elemento de reglamentación de un cuerpo social, se basa en un conjunto de principios normativos en un contexto histórico y social dado, que permiten una interpretación singularizada de las normas aplicables a cada supuesto concreto.

En el ajedrez, al igual que en la argumentación jurídica, la conexión entre movimientos de piezas no es causal sino de significado. Las piezas no cambian su posición en el tablero de forma aleatoria sino como consecuencia de movimientos estratégicos de juego, lo que lo transforma en un coherente plano de sentido, donde los movimientos se convierten en acciones de ataque o defensa de acuerdo con los principios teóricos del juego.

Alf Ross fue un gran amante del ajedrez y entendió su esencia jurídica y su fuerza metafórica a la hora de reflexionar sobre el derecho. Para él, el ajedrez constituye un *modelo simple de fenómeno social* (Ross, 1958), lo que, desde la perspectiva de las ciencias sociales lo dota de un interés especial. Muestra, como se ha señalado, elementos comunes con la lógica y la argumentación jurídica, –con la que comparte el principio de razón suficiente (Fernández, 2010)–, e, incluso, resulta útil para analizar, comprender y ejercitar la psicología jurídica que caracteriza todo proceso judicial (Postma, Barberío, Carrillo y García, 2004).

Bajo estas consideraciones presentamos *la paradoja de Capablanca*, que nos permite reflexionar sobre el derecho aplicable, pero también pretende ser un ejemplo del modo en que puede ser utilizado el ajedrez para la elaboración de metáforas docentes con las que mejorar la enseñanza del derecho.Téngase en cuenta que los planes de estudio del Grado de Derecho suelen incorporar un conjunto amplio de competencias transversales de carácter profesional que deben ejercitarse en nuestras asignaturas, dirigidas a mejorar la creatividad, el análisis crítico del derecho, la resolución de problemas, o la capacidad de los alumnos de organización, síntesis, y transmisión de conclusiones. El ajedrez se nos presenta como un instrumento educativo innovador y eficaz para estos objetivos (Perán Quesada, 2018) llevemos el ajedrez a las clases de derecho, ¡buena partida!

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a11

La leyenda de Capablanca y el marciano

José Raúl Capablanca parece un personaje salido de una novela de Scott Fitzgerald. Elegante y culto, fue ciertamente un maestro inesperado. El gran ajedrecista latinoamericano, nació en la pequeña isla caribeña de Cuba en 1888. Hijo de militar español, su padre apoyó la rebelión *criolla* contra la fuerza colonizadora, algo que sin duda influiría en su profundo sentimiento nacionalista hacia la recién independizada Cuba. Fue *el amante latino* (Saidy, 1972*),* aquel *héroe elegante y mundano que mejor simbolizaba el espíritu de los años veinte*, *cuando el mundo se deleitaba en el sosiego, tras el miedo y la euforia de la gran guerra* (Kasparov, 2003) Es, sin duda, uno de los personajes históricos indiscutidos en la isla, *Cuba vuela en la tarde como una paloma triste,* escribió el poeta cubano Nicolás Guillén a su muerte.

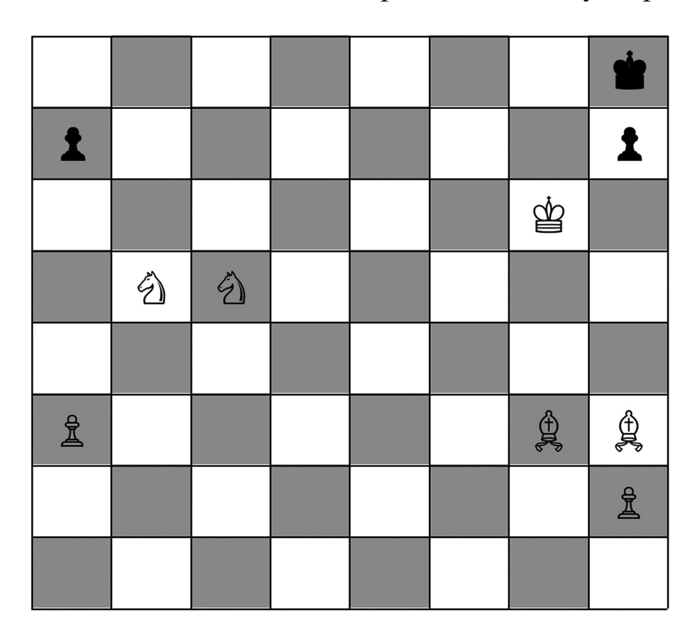
Una tarde de verano se hallaba entrenando con su tablero de ajedrez en un parque de la Habana, cuando vio aparecer en el cielo una nave espacial y de ella descendió un extraño ser que se identificó como proveniente del planeta Marte. El ánimo de tan extraño visitante, lejos de ser belicoso, se manifestó más bien curioso, y mostró interés por aquello a lo que dedicaba tanta atención. Capablanca le explicó que se trataba de un juego milenario, y que, además, él era el actual campeón del mundo y por eso debía entrenar, ya que próximamente pondría su cetro en juego. Sin duda esto alimentó el deseo de probar suerte del particular visitante, retando al genial cubano a una partida.

Capablanca fue entonces explicándole los singulares movimientos de cada una de las piezas, y el modo concreto en el que termina la partida una vez que se consigue que el Rey rival sea puesto bajo amenaza sin posibilidad alguna de escapatoria o defensa. También le advirtió que evitase situar al enemigo en una posición tal, que, careciendo de movimientos legales, no se hallase en jaque, ya que, en este caso, la partida terminaría empatada por “tablas por ahogamiento”. De igual modo, le señaló que cuando un peón alcanza la última fila del tablero –sea la octava o primera, según se mire–, puede “coronar o promocionar” generalmente a Dama, pero no necesariamente, ya que cabe, en última instancia, ser cambiada por cualquier otra pieza.

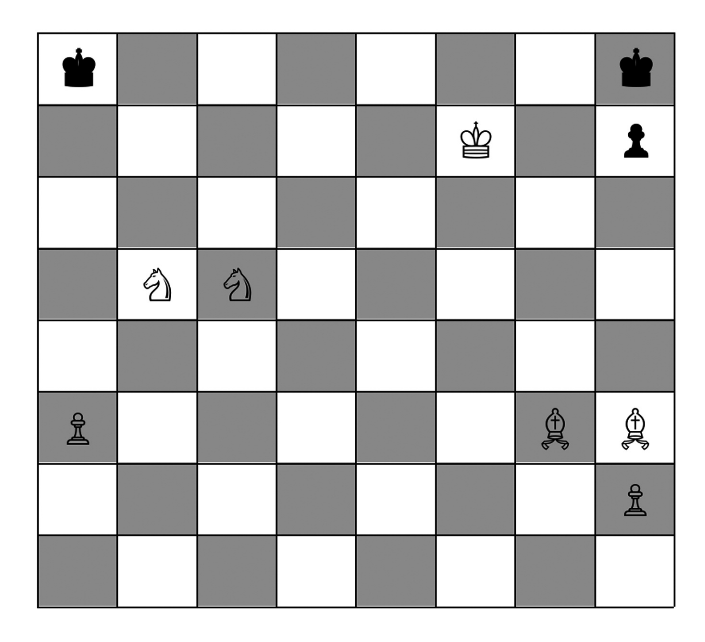
Se inició la partida y se alcanzó la posición que tenemos en el tablero. El marciano desconocía la tradición de abandonar cuando todo está perdido, sin necesidad de llegar al mate y mantuvo la combatividad hasta el final. Debemos

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a11

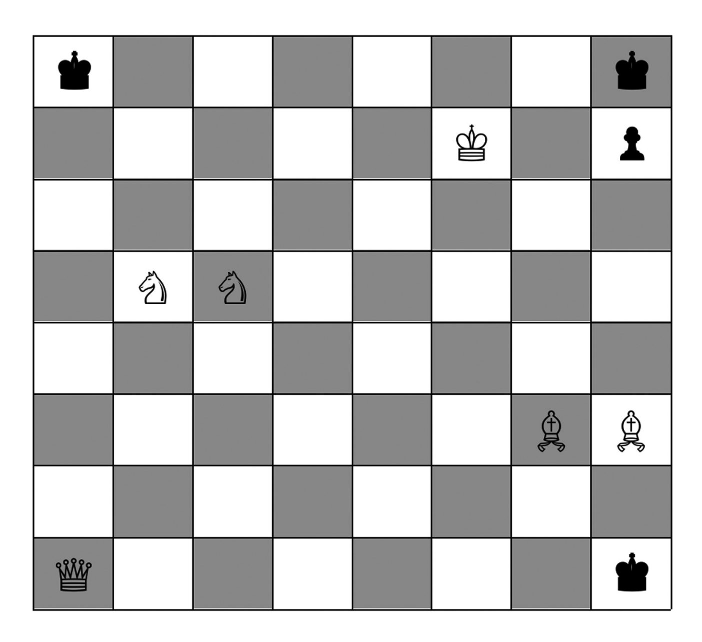
señalar que Capablanca manejaba las piezas blancas y que el tablero está visto desde la perspectiva del marciano, de este modo, cada uno de los jugadores tiene un peón cercano a la coronación, a7 para las blancas y h2 para las negras.



Le tocaba mover a Capablanca y jugó su Rey a c2, sin preocuparse por la posible coronación del peón negro de h2, ya que con desplazar en la siguiente jugada su Alfil de casillas negras hasta d4 lograría mate inevitablemente. Enorme fue su sorpresa cuando el marciano avanzó su peón a h1 y lo sustituyó, ni más ni menos que por otro Rey negro, *¡esta jugada no es legal!,* se apresuró a señalar el jugador cubano, a lo que el marciano objetó que él desconocía absolutamente las reglas del ajedrez, y que había sido el propio Capablanca el encargado de determinarlas, recordándole que en lo referente a la coronación o promoción, él mismo había dicho que cabía sustituir dicho peón por *cualquier otra pieza,* y que, por tanto, su jugada se hallaba encuadrada perfectamente en este supuesto.



Una vez superada la sorpresa, Capablanca descubre que su intención inicial de mover su Alfil de casillas negras a d4 ya no es posible, dado que, de este modo, daría jaque mate al Rey negro de a1, pero el segundo Rey negro de h1 quedaría ahogado, por la acción del Alfil de casillas negras y los dos Caballos, y la partida terminaría en tablas. De igual modo, si se decidía por mover el Alfil de casillas blancas hasta b7, daría mate al Rey de h1, quedando el otro en posición de ahogado. Debía buscar un modo de dar mate a ambos Reyes a la vez, evitando las posiciones de ahogado. Pensó durante unos minutos, hasta encontrar una solución a este reto *imposible*. Decidió promocionar su peón de a7 *¡a otro Rey negro!*, –para sorpresa de cualquier observador humano, pero no así del marciano, que lo entendió como una jugada perfectamente legal–. De este modo, con tres Reyes negros sobre el tablero, el marciano disponía de una única jugada legal, Rey a b8, lo que se siguió con peón h7 de las blancas, Rey a8 de negras y peón h8 de Capablanca, promocionándose esta vez, en una majestuosa Dama blanca, capaz de dar mate a los tres Reyes negros del tablero, y concediéndole una sorprendente victoria.



A este ejercicio de fantasía podríamos añadir un nuevo elemento, imaginemos que ambos jugadores deciden acudir a nosotros para determinar la legalidad de la victoria del jugador cubano. Deberíamos tomar una decisión acerca del derecho aplicable, y de su correcta adecuación a este supuesto. Ciertamente, la determinación de la norma de ajedrez válida comprende el juego abstracto de ideas normativas que sirven como esquema de interpretación para el fenómeno del derecho en acción, mostrando su fuerza metafórica para la comprensión del Derecho.

Medio juego

De las fuentes del Derecho y del Derecho aplicable

Como primera premisa tomemos como cierta la siguiente aseveración “un jugador comete una jugada ilegal en ajedrez solo cuando su comportamiento es gobernado por las reglas del ajedrez” (Rawls, 1955). ¿A qué nos referimos cuando hablamos de *reglas del ajedrez*?, ¿qué hace que determinadas reglas sean observadas por el *comportamiento* de los jugadores de ajedrez?

Podemos definir *reglas del ajedrez* como aquellas reglas sociales que las personas siguen al jugar este juego en particular (Rawls, 1995). El ajedrez re-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a11

presenta un campo de prácticas cerradas en tanto que, básicamente, sus normas no evolucionan o cambian y responden a un principio y fin explícito. De este modo, los jugadores solo pueden ser considerados como tales cuando están familiarizados con todas las *reglas y fines de la práctica del ajedrez* (Morawetz, 1973)

El conjunto de comportamientos que prescriben *la práctica del ajedrez* queda determinado por al menos dos tipos de normas: las reglas del juego y sus principios teóricos, tácticos y estratégicos. Ciertamente, cada una de ellas tiene un carácter y naturaleza muy diferente. De modo coherente, la propia idea de norma contiene la distinción entre meras irregularidades de un comportamiento socialmente normalizado, esto es, aquellas desviaciones de los hábitos o prácticas sociales admitidas y seguidas por un grupo social determinado –como desatender los principios básicos de la apertura, definidos prolíficamente por la teoría del ajedrez, lo que puede llevarte a una derrota en la partida, pero no necesariamente– y la violación de las reglas de juego –lo que impide la propia práctica de la partida–.

> El marco teórico del ajedrez se compone de un cuadro de principios tácticos y estratégicos. No existe un pleno consenso en torno a la definición de estrategia y de táctica, por lo tanto, no resulta sencillo –o pacífico– determinar si un principio teórico debe tener la consideración de uno u otro –piénsese por ejemplo en elementos como la *clavada* o el *ataque a la descubierta* que pueden tener consideración de principio estratégico o táctico en función al autor que lo refiera–. Nunn definía la táctica como una operación a corto plazo, con jugadas forzadas, que tiene por objeto una ganancia inmediata concreta (Nunn, 2010), en línea con la definición de combinación de Botvinnik, aunque el patriarca de la escuela soviética exigía que contase con un sacrificio. Mientras que Nimzovich definía estrategia como un conjunto de reglas orgánicas que guardan una relación causal entre sí y que están –al igual que el hombre– *imbuidas de alma* (Nimzovich, 1925). Quizás la más acertada sea la que se le atribuye a Tartatoker, que decía que *la táctica es saber qué hacer cuando hay algo que hacer, mientras que la estrategia es saber qué hacer cuando no hay nada que hacer*.

Por tanto, ¿qué determina las reglas de juego? Todo el Derecho se fundamenta en alguna fuente. Para hacer posible el juego, las reglas constituti-

vas específicas deben haber quedado definidas de forma previa y mientras no se violen, los participantes están en una posición de controversia donde sus objetivos se hayan definidos por el propio carácter normativo del juego (Morawetz, 1973). Herbert Hart llamó *reglas de reconocimiento* al conjunto de normas sociales que determinan lo que se considera ley y que representan las fuentes convencionalmente identificadas como tales en todos y cada uno de los sistemas legales modernos. De este modo, las reglas de reconocimiento definen o constituyen lo que debe considerarse como Derecho y autorizan o prescriben los modos de crear leyes en una sociedad. Desde la perspectiva de derecho contemporáneo, los tratados constitucionales cumplen con esta función de criterio teórico de identificación de las normas jurídicas, pero además representan un elemento valorativo de las conductas y decisiones sociales en base a los fundamentos democráticos en las que se sustentan (Atienza y Ruiz Manero, 2006).

Para que una norma cumpla con estas funciones constitucionales es necesario que el ordenamiento jurídico le atribuya una posición suprema en el sentido de situarla jerárquicamente por encima de la legislación (De Otto, 1989). De este modo, la regla de reconocimiento existe sólo cuando los miembros del grupo la aceptan colectivamente en su función jerárquica (Searle, 1997).

Pero no solo es necesaria la existencia de un sistema de fuentes del Derecho, ya que el contenido de cualquier norma básica debe estar determinado por la práctica real. Que estas reglas deben ser reforzadas por la práctica, tiene una triple implicación: En primer lugar, significa que las normas serán efectivamente observadas en tanto que los miembros de un grupo social las *experimenten y sientan como socialmente vinculantes* (Ross, 1958) –al jugar al ajedrez los jugadores presuponen su normatividad, por tanto, presuponen que las reglas del ajedrez son las que están obligados a seguir (Marmor, 2006) –. En segundo lugar, nos permite referir las normas a los estándares que los propios participantes emplean –imaginemos que dos amigos juegan una partida amistosa, donde se permite el uso de ambas manos, o no se aplica el principio de “pieza tocada, pieza movida”–. Y, en tercer lugar, que una regla de reconocimiento en tanto que regla social está sujeta a su cumplimiento y a las *actitudes reflexivas críticas* típicas de las reglas sociales –los jugadores de ajedrez tienen una actitud común, crítica y reflexiva hacia sus patrones de comportamiento, que determinan su obediencia y aceptación–.

El carácter interpretativo de las normas legales

La existencia de normas jurídicas válidas y constitutivas de un sistema legal dado en base a un origen legitimador las diferencia de otros conjuntos de sistemas normativos como la moral o las reglas de trato social, y determinan lo que es Derecho para una sociedad. Cabría preguntarse si cabe una cierta permeabilidad entre una u otra, especialmente para aquellos supuestos más complejos donde la norma no contiene una respuesta inequívoca, ¿posee el juez una facultad discrecional que le permita declarar un derecho inexistente para la resolución de los casos difíciles?

Para dar respuesta, Ronald Dworkin nos plantea la siguiente paradoja:

Que sucede cuando en una partida de ajedrez, uno de los contrincantes sonríe ostentosamente antes de una jugada del rival, ¿debe este comportamiento ser tolerado por los árbitros?

> En la cuarta partida del Torneo de candidatos de 1959, celebrado en Yugoslavia, se produjo un pequeño acontecimiento sobre el que se ha especulado largamente en la historia del ajedrez. Un Mijaíl Tal en la cumbre de su carrera ganó a un joven americano llamado Bobby Fischer. Tal, que era un jugador enérgico, carismático, anárquico y enormemente ofensivo, mostró su mejor sonrisa ante una posición en el tablero. Fischer, que fue una persona que no se caracterizó precisamente por la estabilidad emocional, cometió un error en la siguiente jugada, que le llevó a la derrota en una posición ventajosa. Se discute hasta qué punto la *sonrisa de Tal* pudo influir psicológicamente sobre el americano, ya que este pudo pensar que se le estaba escapando alguna combinación que hacía las delicias de su contrincante, lo que pudo ser la causa de su decisión errónea.

a) A modo de consideración previa: Las reglas de buen comportamiento o decoro en el ajedrez

Aunque algún autor ha puesto en tela de juicio la capacidad del ajedrez para capturar la dimensión interpretativa de la Ley (Macedo, 2016), resultaría reduccionista entender que las reglas del ajedrez se circunscriben a determinar los movimientos válidos de las piezas. Ciertamente la historia del

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a11

ajedrez no está exenta de actitudes poco deportivas y controvertidas en torno a cómo delimitar y sancionar determinadas circunstancias que no suceden sobre el tablero, pero que vienen a tener una clara incidencia sobre el juego.

Quizás el ajedrez haya perdido cierta épica en la actualidad, –ganándolo en tranquilidad–, recuérdese el modo en que el ajedrez se reveló como un instrumento clave en la geopolítica y la propaganda del periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial y la tensión que adquirieron determinados match, dada la importancia que ambos bloques concedían al control hegemónico del juego.

El match por el título de Campeón del Mundo de ajedrez de 1978 celebrado en Baguío, Filipinas, entre Karpov y Kortchnoi, es una excelente muestra del lugar estratégico que jugó el ajedrez durante la guerra fría, y del difícil ejercicio de los jueces-árbitros cuando las partes buscan sacar ventaja de circunstancias ajenas al juego. La imagen de Kortchnoi jugando con gafas de esquejo que reflejaban las jugadas, es, sin duda, una de las imágenes icónicas de este periodo histórico, y no precisamente, la actitud más deportiva que pueda adoptarse en ajedrez.

El match estuvo rodeado de la polémica desde su inicio, en primer lugar, porque se celebraba seis años después del no menos controvertido "match del siglo" Fischer-Spassky, donde los soviéticos sufrieron una dolorosa derrota. En segundo lugar, porque se enfrentaba el jugador que de un modo más "fiel" reflejaba las "bondades" de la Unión Soviética, al "traidor" que había desertado de la "causa del pueblo ruso" o al "disidente amante de la libertad", según se mirase.

Kortchnoi presentó diferentes reclamaciones durante la competición. La primera, por los famosos "yogures de Karpov" –en cada partida el jugador soviético recibía un yogur, las suspicacias surgieron cuando cambió el color del vaso que lo contenía, lo que fue interpretado como un mensaje en clave, la solución: el postre debía presentarse siempre en uno de color blanco–. La segunda, por el no menos famoso parapsicólogo situado por la KGB en primera fila, que lo miraba *intensa e insistentemente* –solución: se le prohibió que se sentase en una de las cinco primeras filas del anfiteatro–. Y la tercera, por vulneración de la regla que impide hablar entre jugadores, solución: las tablas debían ofrecerse

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a11

> necesariamente a través del árbitro. Como protesta por las continuas reclamaciones, Karpov se negó al protocolario apretón de manos anterior a cada partida. A la altura de tanto despropósito estuvo, sin duda, el modo en que Kortchnoi abandonó en la última partida, negándose a reconocer la victoria de su contrincante.

De forma coherente, las normas del ajedrez atienden a aquellos comportamientos antideportivos dirigidos a obtener una ventaja a través de circunstancias ajenas al juego.

> La vigente *Leyes del Ajedrez* de la FIDE aprobadas en el 88° Congreso de la FIDE de Goynuk, Turquía, en vigor desde el 1 de enero de 2018, establece en su artículo 11.1 que los jugadores no actuarán de forma que *deshonren el juego del ajedrez*. Además, el artículo 11.5 establece que *está prohibido distraer o molestar al adversario de cualquier manera.* Lo que incluye reclamos u ofertas de tablas improcedentes o reiteradas o la introducción de una fuente de ruido en la zona de juego. Facultando a los jueces a adoptar medidas disciplinarias ante estas actitudes.

Ciertamente, en la práctica ajedrecística existen reglas de decoro dirigidas a evitar comportamientos que puedan afectar la concentración del rival, –tales como la rudeza excesiva o el abuso de pieza– o incluso normas de comportamiento social como pueda ser la correcta indumentaria de los jugadores.

> En la Copa el Mundo de Ajedrez de 2017 celebrado Tbilisi, el prometedor jugador canadiense Anton Kovalyov, abandonó el torneo por no poder jugar con pantalones cortos, al ser advertido por los jueces árbitros que su indumentaria no era acorde con las reglas de decoro que rigen el ajedrez.

b) La interpretación de las normas legales

Para Dworkin la acción judicial queda mediatizada por la necesidad de dar respuesta a los casos difíciles, confirmando o negando derechos jurídicos institucionales básicos. En el caso del ajedrez, estos derechos institucionales están fijados por *reglas constitutivas y regulativas que pertenecen inconfundiblemente al juego o a un determinado torneo* (Dworkin, 1977) Además, en opinión de Dworkin, el ajedrez se presenta como una institución autónoma,

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a11

en la que no cabe invocar un derecho institucional apelando directamente a la moralidad general, lo que tiene, como primera consecuencia, una capacidad de *aislamiento* de la acción del juez-arbitro ajedrecístico de la moralidad política básica imperante en una sociedad.

> En la medida que las reglas del ajedrez no colisionen con alguno de los derechos institucionales fundamentales no existe causa para ser invocados. Recuérdese el caso de las hermanas Polgar y en especial de la mayor, Susan, cuando habiendo calificado para jugar el Campeonato del Mundo (masculino) de 1986, la federación húngara le impidió participar. Esta situación discriminatoria no le dio derecho a la victoria, pero si forzó al cambio de la normativa FIDE, desde entonces nada impide que una mujer pueda ser campeona del mundo. Ciertamente el ajedrez es un juego que se fundamenta en la igualdad de oportunidades entre ambos jugadores: tienen igual material, iguales tiempos, el criterio para determinar la apertura del juego es objetivo y no discriminatorio, ambos jugadores se rigen por las mismas normas, etc... lo que impide o dificulta una contradicción o conflicto frontal con valores democráticos fundamentales.
>
> Cuestión diferente es que las reglas específicas de algún torneo puedan ser discriminatorias a vista del ordenamiento jurídico competente –el inicio del año 2018 estuvo marcado ajedrecísticamente por uno de los hechos más vergonzosos de la historia de la FIDE, al conceder a Arabia Saudí la organización del Campeonato del Mundo de Ajedrez Rápido y Relámpago, en la que se impuso a las jugadoras la obligación de vestir con trajes formales azul marino o negro, con camisas blancas, de cuello abierto o con corbata o trajes de pantalón, con blusas blancas de cuello y se les prohibió salir solas a la calle, debiendo hacerlo en compañía de un varón que hiciese las veces de tutor durante su estancia en el país. Además, se impidió la entrada de la delegación hebrea. La consecuencia fue el boicot de destacadas ajedrecistas como la campeona del mundo Anna Muzychuk, o la campeona española Sabrina Vega.

La filosofía de Dworkin invita a la praxis. Pone en juego aquellos procesos internos a través de los cuales opera el derecho real, con el objeto de dar una respuesta *correcta* –en su dimensión histórica y moral– a aquellas controversias jurídicas que resultan más dudosas, de tal modo que sea aceptable

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a11

racional y coherentemente en base al principio de legalidad y de seguridad jurídica. Sin duda representa una crítica directa al positivismo –especialmente el caracterizado por Hebert Hart–. Para Dworkin los sistemas jurídicos contemporáneos deben ser capaces de integrar en la aplicación del principio de legalidad, la atención efectiva de valores abstractos y definidos de un modo programático como puedan ser los Derechos Humanos o las inquietudes político-morales de la sociedad. Este punto de vista refuerza el carácter argumentativo del Derecho, donde su significado como práctica normativa depende de las condiciones de verdad de aquellos elementos argumentativos que lo constituyen.

Sin duda, la existencia de principios –de naturaleza moral– ajenos a la normatividad concreta, representa un sustento polémico para su marco doctrinal, lo que le lleva a entender el Derecho como una praxis social que no se agota en el conjunto de reglas del sistema jurídico, sino que representa un auténtico fenómeno de naturaleza universal (Rojas Amandi, 2006). En todo caso, Dworkin incorpora una metodología de análisis jurídico más que sugerente.

Como respuesta al dilema de la *sonrisa ajedrecística*, afirma que el juego del ajedrez tiene un conjunto de caracteres que las decisiones del árbitro deben respetar (Dworkin, 1977). De este modo, la interpretación de la regla tiene que ser coherente con aquella acción que mejor defienda el *carácter del juego*. Si es cierto que la acción judicial no tiene capacidad de legislar a través de los resquicios que permitan la textura abierta de las reglas imprecisas, su capacidad interpretativa debe inclinarse por aquella respuesta que satisfaga las convenciones sociales generales –e históricas– sobre la naturaleza del juego.

De este modo, aquellas limitaciones institucionales que impedían la permeabilidad de consideraciones morales generales en la interpretación de las reglas del ajedrez, debe matizarse hasta el punto de que la correcta interpretación de una regla ambigua sea sensible con la esencia última del juego y, por lo tanto, aunque reglamentariamente no se establezca una penalización concreta, el árbitro, en aras de evitar la desnaturalización del juego, sancione aquellas conductas contrarias a su carácter último. Así, la acción judicial debe estar definida por el principio de integridad (Dworkin, 1986), de tal modo que en las resoluciones judiciales quede reflejado su dimensión de praxis social, integrando, por una parte, la práctica habitual del momento, y por la otra, los valores de la sociedad.

¿Debe el árbitro interpretar un comportamiento de tal modo que incorpore la protección de la esencia del juego del ajedrez?, y en todo caso, ¿cuál es y cómo se delimita este contenido esencial?, o como dicen las Leyes del Ajedrez, ¿cómo delimitar los comportamientos que deshonran el ajedrez?

> En el año 1987 el Teatro Lope de Vega de Sevilla fue el escenario de una de las mayores batallas ajedrecísticas de la historia, Karpov y Kasparov lucharon por el título de Campeón del Mundo, cetro que lograría retener el, por aquel momento, campeón Gari Kasparov después de que el match terminara empatado. En la partida número 11, Karpov cometió un error garrafal cuando gozaba de una posición ventajosa, perdiendo una torre y comprometiendo su suerte de forma definitiva en aquella partida. Kasparov, al descubrir aquella circunstancia, lo celebró con claros signos de felicidad, girándose hacia el público para hacerle partícipe de su alegría, las sonrisas y gesticulaciones fueron ostentosas.

El ajedrez es un juego intelectual, que lo diferencia de otros donde el azar pueda constituir un elemento clave. Desde el punto de vista de Dworkin, el árbitro de una partida de ajedrez debe decidir si una acción de *intimidación psicológica*, más o menos grave, constituye una infracción contraria al propio juego del ajedrez. La sonrisa de Tal se produjo antes del movimiento de su rival e implicó una forma de presión psicológica sobre Fischer, que de un modo u otro lo indujo al error. La sonrisa de Kasparov no tuvo efectos sobre la partida, ya que el movimiento erróneo fue previo y detonante de la expresión de felicidad.

No cabe duda de que el error y, consecuentemente, el miedo a cometerlo, constituye un elemento esencial de este juego. El error en el ajedrez no se haya mediatizado por elementos azarosos ajenos a la responsabilidad de cada jugador, sino todo lo contrario, de ahí la importante carga psicológica de este juego. La historia del ajedrez está llena de famosas *celadas*, con las que obtener ventaja o vencer la partida. Estas trampas son parte de la estrategia y táctica de cada jugador y por tanto representan la esencia misma del juego. Distinto es cuando el error es inducido por circunstancias no acontecidas en el tablero sino en el comportamiento de los jugadores.

Para Dworkin la praxis judicial representa la interpretación de una concepción del derecho, esto es, expresa una determinada concepción de la naturaleza y esencia del derecho, de este modo, el cuadro de principios en los que se fundamenta la argumentación judicial forman parte del contenido esencial del derecho al igual que las normas. Pero, ¿qué sucede si una norma imperativa colisiona con la interpretación del juez-árbitro del contenido esencial del juego?, ¿tiene facultades para dejar de aplicarla en aras a un bien superior que sería la salvaguardia de la esencia del ajedrez? Veamos un ejemplo:

> En el campeonato de España relámpago de 2017 celebrado en Linares, el GM Ljubojevic se encontraba con una *ventaja decisiva* en su partida contra Eric Sos Andreu, si bien la partida terminó de un modo insospechado para él. Ljubojevic coronó un peón a Dama, para ello, tomó su peón con la mano derecha, lo situó en la octava fila, retiró su peón con la misma mano y tomó la Dama con la izquierda, dado que se encontraba en el lado izquierdo del tablero, la colocó en la casilla correspondiente y accionó el botón del tiempo –tenía apuros de tiempo–. Para su sorpresa el juez canto *jugada ilegal,* perdiendo la partida irremisiblemente. Téngase en cuenta que su contrincante no reclamó en ningún momento, de hecho, realizó su siguiente movimiento con normalidad. Sucede que a 1 de julio de ese año había entrado en vigor una nueva normativa FIDE por la que se consideraría movimiento ilegal el uso de ambas manos en la promoción de peones que alcancen la última fila del tablero, (Artículo 7.5.4. de las Leyes de ajedrez FIDE), práctica que, por otra parte, no representaba ningún problema en el normal desarrollo de una partida de ajedrez, y que, incluso, era usada en la súper élite por el mismísimo Nakamura. Además, desde esa misma fecha, una sola jugada ilegal en partidas relámpago o Blitz, representaba la pérdida de la partida –circunstancia esta última que ha sido nuevamente modificada a 1 de enero de 2018–. Dado que este torneo se celebraba en agosto, en aplicación de esta normativa, el juez árbitro decretó la derrota de Ljubojevic por movimiento ilegal.

En los últimos tiempos la FIDE está haciendo un esfuerzo por tipificar de un modo preciso el modo en que las piezas deben ser movidas, evitando vacíos legales y transfiriendo de una mayor objetividad la acción de los jueces,

si bien no siempre con éxito. En este supuesto va a obtener la victoria aquel jugador que en base exclusivamente al juego se encuentra en una posición de desventaja, bajo el criterio normativo de que la utilización de ambas manos en una coronación representa una ventaja ilegítima en el juego del ajedrez. ¿Podría un juez desatender esta norma por entenderla contraria a la esencia del ajedrez?, ¿existe algún elemento *más esencial* para el ajedrez que el hecho de que la victoria recaiga en aquel jugador que la logró sobre el tablero? La acción judicial está enteramente mediatizada por el cumplimiento específico de esta norma prescriptiva, sin que quepa espacio para una valoración subjetiva de carácter moral, por lo que no cabría ser aplicable el carácter valorativo del contenido esencial del juego. Pero, ¿podría hacerse un uso exclusivamente informador –subsidiario– ante carencias del principio de tipicidad?

Final

Existe un conjunto de competencias transversales en el aprendizaje del Derecho para el que nuestros planes de estudios no están bien preparados. Se planifican pocas o ninguna actividad docente dirigida a adquirir los conocimientos básicos de la argumentación jurídica, la capacidad de una conciencia crítica en el análisis del ordenamiento jurídico y de la dialéctica jurídica o el desarrollo de la oratoria jurídica. Es común que nuestros planes de estudio subrayen la importancia de que los alumnos de Derecho sean capaces de expresarse apropiadamente ante un auditorio, sepan resolver problemas y adaptarse a nuevas situaciones, desarrollen la creatividad, o tengan capacidad de organización, análisis y síntesis, y de transmisión de conclusiones.

En las asignaturas de Derecho deberían plantearse actividades prácticas en las que aplicar los conocimientos teóricos y este conjunto de competencias transversales, con el objeto de que los alumnos sepan resolver supuestos prácticos a través de la argumentación jurídica. Es común que los alumnos de Derecho planteen su dificultad a la hora de presentar sus conclusiones sobre un supuesto práctico concreto, especialmente en lo relativo a cómo desarrollar un plan o estrategia adecuada para defender su punto de vista.

Imaginemos que tuviésemos a nuestra disposición un recurso docente que nos permitiese mejorar la concentración de nuestros alumnos, pero que al mismo tiempo estimulase la memoria, el razonamiento lógico, el pensamiento científico, la autocrítica, la responsabilidad personal, la motivación, la auto-

estima, la planificación, la previsión de consecuencias, la capacidad de cálculo, la imaginación, la creatividad, la paciencia, la disciplina, la tenacidad, la atención a varias cosas a la vez, el cálculo de riesgos, la deportividad, la sangre fría, el cumplimiento de las reglas, el respeto al adversario, la visión espacial y la combatividad (García, 2013). Tendríamos pocas excusas para no buscar el modo de integrarlo en nuestras aulas.

La *paradoja de Capablanca* representa un buen ejemplo de cómo el ajedrez puede ayudar en el aprendizaje del Derecho al plantearnos dos cuestiones diferentes, en primer lugar, cómo identificamos la norma jurídica aplicable a este supuesto, y, en segundo lugar, si tenemos alguna facultad para incorporar nuestra concepción subjetiva del derecho en la aplicación del derecho legítimo. La existencia de tres reyes de un mismo color sobre el tablero, ¿no contradice la propia esencia del juego del ajedrez?, ¿no lo desvirtúa hasta el punto de no poder ser considerado como una partida de ajedrez?, nuestra concepción del ajedrez, ¿tiene algún espacio para mediatizar la resolución de este supuesto?

Existe un conjunto de actos o hechos, de distinta naturaleza, relativos al nacimiento, modificación o extinción de una norma jurídica, a los que llamamos fuentes del Derecho (Bobbio, 1955) que están dirigidos a determinar y fijar el contenido de las normas. Toda norma, para ser jurídicamente válida, requiere de ciertos elementos formales en aras de la necesaria seguridad jurídica en el tráfico jurídico, que hacen referencia tanto al órgano emisor y sus rasgos de legitimidad y competencia necesarios, como al procedimiento establecido para la creación del Derecho. Por su parte, la teoría de las fuentes del Derecho establece la existencia de tres categorías ontológicas formales a través de las cuales pueden crearse normas jurídicas, como son el uso, el pacto y la decisión, que si bien, en cada sistema jurídico tienen una específica configuración y materialización, a través de los componentes esenciales del Derecho como son la ley, el Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho, representan el arsenal jurídico al que debe acudir el juez para resolver los distintos litigios.

De este modo, todo sistema de derecho se encuentra definido por una estructura determinada de fuentes formales. Desde la perspectiva del Código Civil uruguayo*, las leyes solo son obligatorias en virtud de su promulgación por el Poder Ejecutivo,*por su parte, el Código Civil chileno, de modo cohe-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a11

rente con la tradición romanista, otorga un papel predominante a la ley, que queda definida como *declaración de la voluntad soberana*, y a la que le concede la facultad de *mandar, prohibir o permitir*, siempre que sea promulgada en fundamentación al texto constitucional, mientras que la costumbre y la jurisprudencia tienen un papel subordinado, al quedar referidos, en el primer caso, a la voluntad de la ley, y en el segundo, al supuesto concreto sobre el que se pronuncie[1].

Junto a ellos, existen un conjunto de principios o valores jurídicos que vienen a constituir aquel derecho natural de naturaleza no positiva, en la que puedan sedimentarse ciertas interpretaciones de los derechos humanos o la justicia en términos generales, y que configuran la consideración subjetiva del juez en base a la ponderación de estos valores. Sin dudas, este no es un elemento pacífico, Ferrajoli entiende que representaría una auténtica *banalización* del derecho su reducción a un razonamiento basado en principios morales, ya que se desnaturalizaría el carácter garantista, esencial de las reglas jurídicas (Ferrajoli, 1995). Desde esta perspectiva, la acción judicial comprende un doble ejercicio: lógico-deductivo, en relación con los problemas interpretativos de las normas; e inductivo, en relación con los hechos y con los problemas de prueba, sin que quepa espacio racional para valoraciones de otro tipo. Si se entiende el Derecho como principios de carácter moral en permanente conflicto con otros de signo opuesto, y no en base a normas jurídicas en sentido estricto, la garantía de su protección contenida en la norma se hará depender para cada supuesto de un ejercicio de ponderación de carácter esencialmente no racional debido a su referencia a valores.

En todo caso, el predominio de la legislación como fuente del derecho no impide cierto nivel de elaboración judicial del derecho. La actividad judicial consistente en la aplicación de las leyes, interpretado y adaptado su ejecución a las cambiantes necesidades sociales, refuerza esta auténtica función creadora del derecho. En este sentido, Pound defendía la permeabilidad entre Derecho y moral en la acción judicial (Pound, 1926) en cuatro supuestos diferenciados. En primer lugar, en la creación del Derecho por los jueces, mediatizado por la búsqueda de la verdad material de los hechos; en segundo lugar, en los procesos de interpretación y adecuación de la norma a cada supuestos, en especial para los supuestos inusuales o novedosos; en tercer lugar, en la aplicación de los estándares legales, y, en cuarto lugar, en la discrecionalidad judicial.

Volviendo a la perspectiva del Código Civil chileno, las normas que determinan el proceso interpretativo de la ley prescriben la interpretación literal de la norma, *a pretexto de consultar su espíritu.* El juez deberá, de este modo, atender a la interpretación gramatical incorporando su sentido literal según el sentido *natural y obvio* de las palabras, su *uso general* y el significado legal que el legislador les haya concedido; así como su contexto normativo, sistematizando el contenido del ordenamiento jurídico de modo que este adquiera una *correspondencia y armonía*; su carácter histórico, teniendo en cuenta los antecedentes del precepto o norma y lógico, atendiendo a la realidad social. Junto a estos elementos, se debe aplicar el sociológico y el teleológico, *en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretaran los pasajes obscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural*. Desde el punto de vista del Código Civil español, *las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*. De este modo, la actividad interpretativa deberá consistir en la indagación del sentido de la misma, determinando *su contenido y alcance efectivo para medir su precisa extensión y la posibilidad de su aplicación al caso concreto que por ella ha de regirse* (España. Sentencia Tribunal Supremo 638/1981, de 17 de marzo)

Si bien el Código Civil uruguayo utiliza fórmulas similares para interpretar aquellas expresiones oscuras de la ley, en las cuales se deberá recurrir a su *intención o espíritu*, esta contiene una menor liberalidad para el juzgador, ya que deberá hacerlo en arreglo a aquellas intenciones, *claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción*. En mayor abundamiento de esta idea, el Código Civil uruguayo solo va a reconocer al poder legislativo como legítimo interpretador de la ley con carácter general, quedando circunscrita la función jurisprudencial respecto de las causas sobre las que se pronuncien.

De este modo, el derecho habrá de ser interpretado en base a los valores –éticos, políticos o morales– que la sociedad concreta comparta –a través del ejercicio del poder legislativo– y que den sentido –coherente a estos valores– a la interpretación normativa. Habermas incorpora la idea de procedimientos jurídicos de fundamentación institucionalizados permeables a aquella forma

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a11

de moral que incorpore el fin último de la justicia como forma especial de equidad (Habermas, 1998). De modo coherente, Rawls afirma que la sociedad democrática constitucionalizada debe caracterizarse en una concepción política de la justicia que sea razonable y completa, esto es, como equilibrio reflexivo, general y amplio, que permita que ciertos ideales o principios parezcan más razonables y mejor fundados que los de otros estadíos históricos y sociales (Rawls, 2000).

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a11

Referencias

Atienza, M. (2006). *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2006). Las reglas de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, *16*(47).

Bobbio, N. (1955). *Teoría genérale del diritto* (versión en castellano). Barcelona: Debate.

Borges, J. L. (1960). *Ajedrez en El hacedor*. Madrid: Alianza.

De Otto, I. (1989): *Derecho constitucional. Sistema de fuentes.* Barcelona: Ariel.

Dworkin, R. (1986). *Law's Empire* (versión en castellano: El imperio de la justicia, 1997). Barcelona: Gedisa.

Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously* (versión en castellano: Los derechos en serio, 1995). Barcelona: Ariel.

Fernández, F. J. (2010). *El ajedrez de la filosofía.* Madrid: Plaza y Valdés.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

García, L. (2013). *Ajedrez y ciencia, pasiones mezcladas.* Barcelona: Crítica.

Habermas, J. (1998). *Factilidad y validez.* Madrid: Trotta.

Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law (versión en castellano: El concepto del Derecho, 1980).* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Kasparov, G. (2003). *Mis geniales predecesores II.* Madrid: Merán.

Macedo, R. P. (2016). On how law is not like chess, Dworkin and the Theory of conceptual types. En T. Bustamente y B. G. Fernándes (Dir.) *Democratizing Constitutional Law.* Berlin: Springer.

Marmor, A. (2006). *How Law is like chess. Legal theory.* Cambridge: Cambridge University Press.

Morawetz, T. (1973). Commentary: the rules of law and the point of law. *University of Pennsylvania Law Review*, 121.

Nimzovich, A. (1925). *Mi Sistema (ed. en español, 2009).* Madrid: La casa del ajedrez.

Nunn, J. (2010). *Aprenda táctica de ajedrez.* Madrid: La casa del ajedrez.

Nunn, J. (2003). *Learn Chess Tactics.* Londres: Gambit Publications.

Perán Quesada, S. (2018). ¿Puede aprenderse Derecho jugando al ajedrez?, III Congreso Internacional de Innovación Docente. Universidad de Murcia. 20 y 21 de marzo 2018.

Postma, H. F. (2004). *Ajedrez y proceso civil: tácticas y estrategias comunes*, En S. Barberío, H. Carrillo y M. García (Eds.) *Doctrina y jurisprudencia civil y comercial*. Rosario (Arg.): Juris.

Pound, R. (1926). *Law and Morals.* Oxford: Oxford University Press.

Rawls, J. (2000). Réplica a Habermas. En J. Habermas, J. Rawls. *Debate sobre liberalismo político*. Madrid: Paidós.

Rawls, J. (1955). *Two concepts of rules*. *The Philosophical Review, 64*(1).

Rojas Amandi, V. M. (2006). El concepto de Derecho de Ronald Dworkin, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 246.

Ross, A. (1958). On Law and Justice, The Lawbook Exchange (versión en castellano: Sobre el Derecho y la Justicia, 2005). Buenos Aires: EUDEBA.

Saidy, A. (1972). *La batalla de las ideas en Ajedrez*. Madrid: Ediciones Martínez Roca.

Searle, J. (1997). *La construcción de la realidad social.* Madrid: Paidós.

Zapatero, V., Garrido, Mª. I. (2007). *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de teoría del Derecho.* Alcalá: Universidad de Alcalá.

Notas

[1] Téngase en cuenta que los contratos crean deberes específicos en virtud de la competencia que tienen los particulares para ordenar sus relaciones –artículo 1545 Código Civil chileno– siempre que no entren en contradicción con lo regulado normativamente –artículo 13CC–.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a11

Doctrina

Álvaro Pérez Ragone✎

Aportes para Enseñanza del Derecho Probatorio: método colaborativo inducido por el diálogo socrático

A Contribution for Teaching Law of Evidence: Collaborative Method Induced by the Socratic Dialogue

Contribuição para a ensenhanza do Direito Probatório: método colaborativo induzido pelo diálogo socrático

Resumen: *El método socrático sigue siendo válido -y lo demuestra la investigación más reciente- en tanto complementario a otras metodologías la manera de facilitar al estudiante un tránsito desde el escuchar y olvidar hacia el hacer y saber hacer es el aprendizaje colaborativo con el diálogo socrático. Ello ya que el aprendizaje colaborativo aplicado empíricamente con éxito en la enseñanza con metodologías activas del Derecho Probatoria en el pregrado. Con el empleo combinado del diálogo socrático y las estrategias colaborativas se aprovecha la distracción del estudiante para valorarlo y hacerlo participe en su grupo y en la clase. En el aprendizaje colaborativo la orientación (no imposición) proviene del estudiante y de los pares, el docente no da la respuesta, sino que oriente hacia ella y eso es el plus que otorga lo socrático o inducido al aprendizaje entre pares. El método socrático en el marco colaborativo ha sido redescubierto y demuestra eficacia. Especialmente en la enseñanza del derecho las discusiones en torno a él son muy valiosas y la discusión sobre su aplicación como metodología exclusiva sigue vigente incluso. Este es un aporte para diversificar los métodos de enseñanza del Derecho que no se reducen solo a la ley, su conocimiento y aplicación, la excede y comprende aspectos del estudiante que pueden ser mejor incentivadas y aprovechados. A partir de la determinación del problema en general en la enseñanza-aprendizaje y los desafíos planteados, se parte de la hipótesis de la necesidad de combinar el diálogo socrático con el aprendizaje colaborativo como metodología de la enseñanza innovativa y disruptiva. Se traduce en el diseño de actividades y secuencias en un escenario pedagógico real de una asignatura: el De-*

✎ Profesor de Derecho Procesal Universidad Católica del Norte (Antofagasta/Chile); Universidad San Pablo-T (Tucumán/Argentina).

✉ *alvaro.perez01@ucn.cl - aperezragone@uspt.edu.ar*

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a6

recho Probatorio. Los resultados empíricos de esta actividad educativa confirman la validez de las propuestas y tesis planteadas.

Palabras claves: *enseñanza, derecho probatorio, colaboración socrática.*

Abstract: *The Socratic teaching-learning method is still valid - and the most recent research shows it - provided that it is complementary to other methodologies. In this case it is the collaborative learning empirically applied successfully in teaching with active methodologies to teach the Law of Evidence in a undergraduate course. With the combined use of Socratic dialogue and collaborative strategies, the student's distraction is taken advantage of him and make him participate in his group and in the class. In the collaborative learning the orientation (not imposition) comes from the student and the peers, the teacher does not give the answer, but it guides towards it and that is the plus that grants the Socratic or induced to the teaching-learning between pairs. The Socratic method in the collaborative framework has been rediscovered and shows effectiveness. Especially in the teaching of law the discussions around it are very valuable and the discussion about its application as an exclusive methodology is still valid. This is a contribution to diversify the teaching methods of the Law that is not limited only to the law, its knowledge and application, it exceeds it and it includes aspects of the student that can be better incentivized.*

Key Words: *teaching; evidence law; Socratic collaborative learning.*

Resumo: *O método socrático ainda é válido - e a pesquisa mais recente mostra isso - desde que seja complementar a outras metodologias. Neste caso, é o aprendizado colaborativo empiricamente aplicado com sucesso em ensinar com metodologias ativas de direito probatório na graduação. Com o uso combinado do diálogo socrático e estratégias colaborativas, a distração do aluno é aproveitada para valorizá-lo e fazê-lo participar de seu grupo e na classe. Na aprendizagem colaborativa, a orientação (não a imposição) provém do aluno e dos colegas, a professora não dá a resposta, mas orienta-se para ela e essa é a vantagem que concede aos socráticos ou induzidos a aprender pares. O método socrático na estrutura colaborativa foi redescoberto e mostra eficácia. Especialmente no ensino do direito, as discussões em torno dele são muito valiosas e a discussão sobre sua aplicação como metodologia exclusiva ainda é válida. Este é um contributo para diversificar os métodos de ensino da Lei que não se limita apenas à lei, ao seu conhecimento e à sua aplicação, excede-a e inclui aspectos do aluno que podem ser melhor incentivados e explorados.*

Palavras-chave: *ensino; lei probatória, colaboração socrática*

Recibido: 20180114
Aceptado: 20180302

Marco teórico, problema, hipótesis, metodología y propuesta

El alumno no es un recipiente vacío a llenar solo con conocimientos, habilidades, destrezas o concepciones axiológicas. El docente que transmite solo conocimiento puede llegar a ser el "correcto", "usual", incluso "premiado" por sus alumnos. Resulta necesario repensar tres aspectos relevantes en la enseñanza-aprendizaje: 1) Construcción del aprendizaje, 2) con aporte desde las distintas habilidades de cada alumno, 3) para un aprendizaje perdurable. Ello se plantea acá como un problema que admite hipótesis de trabajo y tesis que acá se plantean. Este aporte transita desde lo teórico a la experiencia empírica de la aplicación de la innovación postulada en el ámbito de la enseñanza del Derecho Probatorio.

Como aclaración previa y necesaria, para el buen desenvolvimiento del proyecto fue necesario que el Área de Derecho Procesal reflexionara detenidamente sobre la metodología que habría de emplear, en aras de maximizar los resultados del proyecto *y,* en definitiva, de que aquel fuera compatible con cada uno de los objetivos formulados. I) El Derecho Probatorio no alcanzó en la tradición latinoamericana (incluso Continental Europea) - salvo excepciones de especialización o cursos optativos de profundización- una autonomía en el grado programática y por ello didáctica y pedagógica (Comp. Nance, 2016, 27). En otra palabras se enseña sobre prueba judicial en el contexto de cursos sobre Derecho Procesal, especialmente al tratar procesos de conocimiento o declarativos. II) Esta falta de autonomía en tiempo y contenidos conlleva a que muchos aspectos se dejen de lado, y que son relevantes para las competencias disciplinares del alumno no solo para el área del procesal (Taruffo, 2003; Leclerc, 2012). III) Normalmente el hilo conductor (con o sin aplicación combinada de clase magistral y algunas metodologías activas como casos, examen de fallos e incluso juicios simulados) por los tiempos de clases y contenidos previos y posteriores al Derecho Probatorio, incentivan acentuar en lo dogmático y jurídico, olvidándose que es relevante para la prueba el acercamiento, reflexión, desgranamiento de detalles fácticos (Nance, 2016; Roberts, 2002)

El problema abordado en este texto gira en torno a defender, justificar argumentativamente y demostrar con un caso pedagógico la utilidad de un método socrático actualizado y con el uso de las realidades e innovaciones actuales. La hipótesis general a examinar acá sostiene que el diálogo socrático es eficaz y en mayor grado con el complemento de otras metodologías que encauzan al estudiante en el tránsito desde el escuchar y olvidar hacia el saber hacer, ser y estar (Competencia cognitivas, aptitudinales, actitudinales y sociales) (Comp. Hopkins, 2008). Ello se lograría en tanto la metodología propuesta podría coadyuvar a I) incorporar al alumno en la construcción de II) un aprendizaje perdurable III) a partir de sus fortalezas individuales. El aprendizaje colaborativo unido al diálogo socrático podría ser un marco eficiente y eficaz (Lemmer, 2013).

Estas hipótesis generales y especiales son examinadas metodológicamente en forma teórica y empírica por haber sido aplicada la propuesta pedagógica-didáctica en la enseñanza del Derecho Probatorio como asignatura de la carrera de pregrado de Derecho en una Universidad chilena. Así la descripción y diálogos que se exponen entre diversas visiones y doctrina, se evalúan en su aplicación práctica con una curricula específica, y dentro de un escenario educativo concreto, para finalmente ponderar y evaluar las hipótesis, proponen las tesis y resultados de esta investigación aplicada en el ámbito propio de la didáctica jurídica (nuevas metodología activas para la enseñanza-aprendizaje del Derecho). A partir del diseño del programa de la asignatura desde la taxonomía de Bloom (planificación) (así se trabajó el diseño del programa de la asignatura a la que se aplica este proyecto que considera las revisiones a los aportes originales de Bloom a partir de (Anderson, Krathwohl et al., 2001; Heer, 2012)), fue posible implementar en cada clase el ciclo descrito por Kolb (implementación) (Kolb, 1976; Kolb y Kolb, 2005). Lo primero (postulado taxonómico) determina el diseño en resultados, contenidos y actividades semestral, lo segundo (Ciclo de Kolb) su concretización en cada momento de interacción docente-alumno (Wolff y Chan, 2016, 35; Schatzberg, 1999). En la implementación se fijan marcos flexibles para generar espacios de interacción entre los estudiantes y de ellos con el docente. Se incentiva el aprendizaje colaborativo y diálogo socrático que permite potenciar habilidades cognitivas y metacognitivas (Bartimote-Aufflick, y Ainle, 2006; Mayer, 2009; Mazur, 1996).

Mediante estas líneas se pretende demostrar que la aplicación del método socrático en la enseñanza de una disciplina jurídica especial como el Derecho Probatorio sigue siendo útil y válida. Ello unido a otras metodologías complementarias como la colaborativa, el planteo de problemas y el interrogatorio orientador y empático para un adecuado ambiente o escenario del aprendizaje. Justamente luego de tratar los marcos teóricos argumentativos y la descripción de los principales núcleos de la asignatura, se describe una experiencia concreta de aplicación de aquellos que pretende ser un aporte en la diversificación para un proceso de enseñanza- aprendizaje efectivo y eficiente (Alford, 2008). Una perspectiva histórica sobre el papel del método socrático tiene defensores y detractores en la en la actual batalla por la reforma curricular. En realidad en la aplicación de esta metodología tiene casi mil años en la tradición occidental sajona, germana y francesa. Tiene sus raíces en el Derecho Romano, arraigamiento en la Escolástica y perduró por siglos con éxito Universidad de París de esa época, y es un error platear que su creación se debe a la brillante iniciativa de cambio curricular y propuesta metodológica de Langdell en Harvard (Alford, 2008). En este texto no se profundizan conceptos en general como la “pedagogía”, didáctica” o “metodología”, se parte de su existencia y comprensión para hacer aplicación en concreto mediante la innovación que se propone en un área especial del Derecho. Este es un texto esencialmente interdisciplinario y por ende acude a fuentes de ciencias de la educación, jurídicas en general, de didáctica jurídica en particular, de Derecho Comparado y específica del área del Derecho Probatorio[1].

Este aporte se compone de una primera sección en la que se describe el complejo mundo de la prueba judicial y su regulación mediante el Derecho Probatorio en forma general para la comprensión por el lector de aquello que será objeto de auscultamiento didáctico y pedagógico (II); se continúa con el marco donde se propone la aplicación de innovaciones pedagógicas y didácticas del Derecho (III); luego se describe, explora y analiza el desarrollo de las actividades que importan aplicar la propuesta acá planteada (IV); se cierra con conclusiones en base a lo desarrollado y la experiencia práctica de aplicación realizada y a su vez se insta de futuro a aplicar metodologías innovativas activas evidenciadas como eficaces por la literatura y el caso didáctico propuesto en este artículo para su uso (V).

El fascinante y complejo mundo de la Prueba Judicial

El proceso judicial busca adjudicar en justicia en base a información que se considera acreditada o no. Dado que el proceso es complejo en quienes lo integran y las posiciones que en él se defienden, el juez no puede pronunciarse tan sólo con lo que las partes alegan o afirman, ya que en muchos casos y de acuerdo a sus intereses lo que afirme una será controvertido por la otra[2]. Se trata pues de verificarlas afirmaciones de las partes, las que deben ser corroboradas, constatadas o evidenciadas. Se sostiene que la prueba tiene como objetivo formar la convicción del juzgador fundado en un nivel o peso en la credibilidad de la evidencia empleada para ello. El proceso judicial trabaja con la incertidumbre e incerteza de la veracidad de las alegaciones fácticas de las partes. La prueba judicial debe lidiar con la incertidumbre, el tiempo acotado en el cual debe brindarse una respuesta jurisdiccional y el hecho que esa respuesta será vinculante y no revisable como podría ser un resultado en un laboratorio. Solo excepcionalmente una decisión judicial firme es revisable y rescindible (Nance, 2016).

¿Para qué sirve la prueba? Existen al menos dos alternativas teóricas examinables respecto a la finalidad de la prueba (Taruffo, 2010):

> a) Búsqueda de la verdad consensual: Esta posición se relaciona con la teoría de la verdad de corte *habermasiano* o la corriente más contemporánea de la epistemología social, de manera tal que el nivel de racionalidad comunicativa de la prueba está dado por el consenso que puede producir en un grupo o comunidad. La crítica que se le puede efectuar a esta posición es que no es aplicable a la vida real, en la medida en que es impracticable en una sociedad que no exista un discurso libre de dominación y un presupuesto de igualdad entre las partes. O bien la verdad se busca y construye con el actuar comunicativo de las partes y el juez en el proceso, excede las condiciones epistémicas de un simple sujeto que conoce un simple objeto.
>
> b) La verdad no puede ser buscada y el proceso por sí garantiza un resultado que siempre será correcto. La legitimidad del proceso es suficiente para la legitimidad del resultado, neutro a cuestiones epistémicas y valóricas. Se basa, principalmente, en que históricamente los procesos no han buscado la verdad –como en el caso de las ordalías o juicios de

> Dios–, sino que intentan resolver un conflicto para devolver la paz social. Parte de esta teoría es sostener que la legitimidad de la decisión la provee el propio proceso, y que ello es independiente de la verdad, ya que la legitimidad misma de la decisión la otorga el haber respetado las reglas procedimentales para llegar a una respuesta jurisdiccional. Esta es neutra y la verdad le resulta irrelevante, el respeto del proceso garantizaría pues la legitimidad del resultado e independiente de la realidad.

La prueba tiene dimensiones epistémicas y normativas que la convierten en un área fecunda y compleja al mismo tiempo. Moverse en esas dos dimensiones puede llevar a un mejor o peor sistema probatorio. Claro que sería fácil partir con un escepticismo absoluto y solucionar el problema ya que se podría sostener que no se puede llegar a ningún tipo de verdad. También podría optarse por términos intermedios sosteniendo que es posible el acercamiento a una realidad que podrá o no ser replicada. Se podrá así hablar de estándares de acercamiento a la verdad que permiten exigir cierta objetividad en la explicación del convencimiento judicial en la decisión como parte de su debida motivación (Fredrick, 2010). Desde una ignorancia absoluta, pasando por exámenes de verosimilitud, hasta llegar a un nivel de probabilidad que quizás sea suficiente para la certeza del juez, se van incrementando los niveles de conocimiento. Nos encontraremos así con varios escenarios posibles: (I) Un absoluto "convencimiento" de lo ocurrido sustentado además en evidencia, de forma que es posible decir que tales o cuales hechos acontecieron tal cual lo describe tal o cual parte; (II) Un absoluto estado de "duda" sobre cómo acontecieron los hechos que me impide llegar a una conclusión; (III) Un relativo "convencimiento" mayor o menor , en base al mérito demostrado por las partes (Fredrick, 2010). En materia civil, simplemente se establece un criterio de «más allá de toda probabilidad no acreditable». Un estándar aceptable en materia civil es 0,5 o de 50% siendo más exigente en materia penal (más allá de toda duda razonable) que reflejan en realidad un nivel mínimo de probabilidad preponderante.

Es posible sostener que la prueba tiene por finalidad establecer la veracidad de las afirmaciones que los intervinientes realizan en un juicio. Ello se condice a su vez con la *teoría de la verdad como correspondencia*, que busca que las afirmaciones vertidas por las partes se correspondan con la realidad, con los hechos, siendo la prueba la forma de acreditar ello. Esta posición se corresponde con la que considera que el convencimiento del juzgador no se

asienta en la visión íntima o subjetiva, sino que puede expresarse en tanto correspondencia entre lo afirmado y lo corroborado (probado). Para ello los sistemas establecen una serie de regulaciones o sistemas de reglas sobre la prueba que versan acerca de: a) las fuentes o elementos de prueba admisibles en el juicio; b) los medios de prueba, que son instrumentos que permiten dar por acreditadas las afirmaciones como verdaderas y que se usan para traer al juicio las fuentes de prueba; y c) los sistemas de valoración de la prueba, que son modelos indicados por el legislador en los cuales el juez debe desarrollar su actividad para dar por acreditada esas afirmaciones, y de las limitaciones probatorias (Sentis Melendo, 1979).

En el contexto de la regulación de la prueba, es dable distinguir normas epistemológicas y normas contra-epistemológicas. Las primeras son cualquier elemento que sirva para establecer la veracidad de las afirmaciones emitidas por las partes. Las segundas permiten conocer la veracidad o falsedad de las afirmaciones, pero traspasan los principios y valores superiores para su obtención, por lo que no se pueden incorporar al proceso, tal es el caso de la prueba ilícita presentada en juicio o los casos donde el propio legislador ha determinado que un medio de prueba en determinadas circunstancias no es admisible (por ejemplo el principio de prohibición de autoincriminación o la prohibición de declarar de ciertos testigos sobre información confidencial en razón de su oficio) (Nance, 2016)

Carnelutti conceptualiza a la prueba como "comprobación de la verdad de una proposición, sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada" (Carnelutti, 1982). En la misma línea Couture sostiene la prueba civil es "...comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio" (Couture, 1977) Los hechos que se consideran en el proceso son aquellos que cada parte introduce como los que considera relevantes y decisivos para fundar su caso. El juez en ello no interviene ya que son las partes las que determinan su caso. Un análisis más detallado en realidad debe partir por examinar lo que sostiene el demandante en primer lugar (estadio del demandante), para luego hacer lo propio del demandado (estadio del demandado). Cada parte incluirá en su discurso hechos relevantes o no, incluso algunos revestidos como si fueran materia de derecho y no de hecho. Un tercer análisis será el probatorio. Acá es donde debe decidir el juez sobre las diferentes alegaciones relativas a los hechos que efectuaron las partes, cuáles de todos ellos resultan ser relevan-

tes y a su vez contradictorios para ser justamente referidos y sometidos a la actividad probatoria (Prütting, 2016).

Marco de aplicación de innovación en la enseñanza del derecho probatorio

Derecho Probatorio[3] es una asignatura que se imparte dos días a la semana, cada sesión de 180 minutos, incluyendo un recreo de 10 minutos y examina los principales contenidos descritos en la sección anterior. Las actividades de enseñanza y evaluación propuestas en este proyecto comprenden un total de cinco sesiones (dos semanas y media en total de duración presencial y no presencial). La evidencia judicial sirve para justificar y convencer sobre un relato o visión tanto a un juez como a la contraparte. Los contenidos a explorar comprenden: (I) concepto, función y objeto de la prueba, (II) la actividad probatoria, (III) tipos de prueba, (IV) examen y valoración de la prueba por el juez al momento de decidir responsabilidad de los abogados por la justicia de sus causas. Esta decisión debe estar motivada o fundada, explicitar por qué considera creíble el relato de una u otra parte. Una sentencia motivada legitima al juzgador ya que hay una íntima relación entre *prueba*, verdad y justicia.

Cada sesión presencial se inicia con una pregunta sobre cómo se sienten en ese día (construcción de clima de confianza y distención); continúa con una breve introducción que resume lo realizado en la sesión anterior relacionándolo con los contenidos y actividades de la actual; sigue el desarrollo de la clase (proyección de video con diálogo socrático y/o trabajos en grupo según la sesión); se concluye la clase con un resumen de lo realizado y anuncio de lo que se hará en la clase siguiente. La secuencia de aprendizaje comprende sesiones con proyección de una película, trabajos en grupo, reformulación y examen grupal de la respuestas, lecturas para concluir en una actividad coevaluativa con su retroalimentación (Posner, 2001; Fiss, 1999) (Ver anexo 1 al final).

Debe tenerse en cuenta que las explicaciones y desarrollo de un programa en una asignatura y la sustanciación de un proceso judicial tienen un elemento común: su desarrollo en un tiempo limitado. La clave del éxito de esta experiencia radica en "sincronizar ambos relojes" para que mantengan un ritmo armónico: el tiempo de los contenidos en enseñanza-aprendizaje efec-

tivos y el cronológico. El manejo de los tiempos de las sesiones presenciales se realiza siempre de acuerdo al ciclo de Kolb (percepción-reflexión-conceptualización-aplicación). La metodología empleada para la enseñanza-aprendizaje combina el método socrático, aprendizaje colaborativo, método del caso y el ABP (Aprendizaje Basado en Problemas), se entiende por "problemas" las situaciones fácticas que se van presentando relacionadas con los fundamentos de la prueba judicial) (Ryan, Shuai, Ye y Ran, 2014)

Resulta pertinente acá este cuadro comparativo entre el "caso" y el "problema" para aclarar el rol que asumen cada uno de los agentes. Por la dinámica que se imparte, se puede decir que el caso en nuestro experimento didáctico fueron las situaciones simples a resolver planteadas con un contenido específico del programa (Berret, 2012). Mientras que el problema consistió en una situación compleja que impone relacionar varias situaciones ya analizadas como "casos" para vincular temáticamente varios contenidos interrelacionados del programa de la asignatura. *(ver tabla 1)*

Por ejemplo, ellos ofrecen un excelente análisis de cómo la lógica Bayesiana podría ayudar a los sujetos a cargo de determinar los hechos *(factfinders)* a resolver controversias reales. Además, enseñar a los estudiantes a examinar la regulación probatoria acudiendo a elementos interdisciplinarios para concentrarlos en la perspectiva procesal. La concentración en los alegatos de cierre del juicio de la película, por ejemplo, es un momento sucinto, preciso y lleno de detalles del Derecho Probatorio para analizar. El detalle de un proceso judicial en formato totalmente diferente del nacional ayuda a incorporar dudas e instituto del Derecho Procesal Comparado: un sistema de audiencias, cuando en Chile es escrito totalmente, un sistema donde hay un jurado, un sistema donde la publicidad del caso genera externalidades en la sociedad donde se lleva adelante versus el secretismo del procedimiento escrito etc. (Rothstein, 2006). La narración de una historia (en el caso acá propuesta una película que impacta en la percepción multisensorial y emocional) es un antídoto para que los estudiantes se alejen indirectamente de la mera memorización y simple regurgitar de reglas mecánicamente sin entender el propósito o el contexto de la ley. La narración no valida el mito del "análisis objetivo", la suposición de que la doctrina es la unidad básica de análisis de la realidad. Por el contrario, la narración de historias demuestra que la experiencia humana es la fuente para el desarrollo de la ley. Cuando se articulan los motivos de la política o los propósitos subyacentes de las reglas, se dan

estructura y significado a las reglas. Por lo tanto, contar historias contextualiza las reglas de maneras que muestran que, en realidad, los hechos están llenos de valores y no de valor neutral (Beryl, 1992)

Tabla 1

Aspecto de análisis	Método del caso	Apendizaje basado en problemas
Situación planteada y percibida	Real	Real o ficticia
Reflexión sobre la situación	Secuencia: Individual / pequeño grupo / gran grupo / pequeño grupo	En grupo desde el principio con una fase de trabajo individual
Características del caso y del problema	No existe una única solución correcta	No existe una única solución correcta
Información con la que cuentan los alumnos	Se presenta, en la mayoría de los casos, toda la información necesaria para las soluciones posibles	Generalmente los alumnos tiene que ampliar la información y relacionar la existente
Papel profesor en el diálogo socrático	Guía del conocimiento previo y del conocimiento generado a través del debate y la discusión a partir del diálogo socrático	Orientador de búsqueda de la información y orientador en el proceso de solución. Interacción con el alumno siempre a partir del diálogo socrático
Alumnos en el aprendizaje colaborativo	Se trabaja en grupos en clases y se hace dialogar a los miembros del grupo entre sí y a todos los grupos	Se trabaja en grupos fuera de clase orientándolos en base a la experiencia que tuvieron en las clases. Se orienta presencial o virtualmente a los grupos por separado. Sirve para sintetizar lo elaborado en clases y preparar la siguiente clase

No obstante las diferencias de contexto, lo que los une: mostrar a los estudiantes algunos de los problemas que los abogados litigantes y jueces enfrentan diariamente es, en mi opinión, indispensable para ensenar derecho probatorio exitosamente. La incertidumbre del juez que debe ser convencido de un relato de acuerdo a determinadas reglas. A partir de estas metodologías

aplicadas oportuna y adecuadamente puede formarse al alumno en los fundamentos del Derecho Probatorio para luego avanzar casos y problemas complejos de la disciplina. Aún el estudiante no puede plantear estrategias probatorias, menos dirigir un interrogatorio o repreguntar a testigos, peritos o a las partes. Tampoco ha examinado y valorado el conjunto de la prueba rendida, ni tampoco experimentó la incertidumbre de lo realmente acontecido. En realidad sabe por la película misma qué aconteció y cómo, la duda e incertidumbre que rememora el alumno tiene pequeñas lagunas y es consciente de lo que trata cada parte de ser presentada al juez y jurado, según la parte y sus intereses. Todo ello lo ha visto en la película, lo ha "percibido" e incluso reflexionado el alumno, pero no son resultados del aprendizaje esperados en estas unidades generales e introductorias del programa (Ryan, Shuai, Ye y Ran, 2014; Kolb y Kolb, 2005)

La innovación metodológica en la enseñanza en este caso del Derecho Probatorio puede medirse por la cantidad de materiales empleados en sustitución de manuales dogmáticos sobre la prueba judicial y en indicadores de seguimiento y rendimiento del alumno. Hay lecturas orientadas de textos específicos y generales seleccionados por el docente pero que acompañan la fase de percepción y reflexión para tener más relevancia en la conceptualización. Esto se realiza inicialmente de modo que el alumno puede ir descubriendo individualmente y en grupo tópicos a los que aplica y nuevamente se genera el ciclo con nuevos ingredientes bajo la orientación del docente. Para una fase posterior a esta de introducción, el alumno también se topará con decisiones de los tribunales sobre aspectos de la prueba que permitirán profundizar y consolidar lo visto. Casos y problemas más complejo que se planteen instarán la memoria por analogía de modo que el docente pueda orientar al alumno en la propuesta de soluciones más elaboradas (Lam, 2004). Un problema común es el establecimiento de resultados poco claros o demasiado amplios para cubrirlos de manera realista. Es una buena práctica enfocar el aprendizaje al expresar los resultados como preguntas. Esto proporciona dirección a los estudiantes y ayuda a alcanzar un nivel más profundo de comprensión durante el estudio privado. La otra ventaja de redactar los resultados como preguntas es tener la certeza que la tarea ha sido realizada cuando ha encontrado una buena respuesta. No hay una respuesta absoluta sino una pluralidad de buenas respuestas finalmente sistematizarse en la retroalimentación constante. Esta es una buena forma de evitar la sobrecarga de trabajo.

El elemento gatillador de la atención del alumno en todas las clases y reuniones de tutorías se logran con el uso del método socrático. Los nuevos métodos de enseñanza empleados son un esfuerzo iniciado para dar a los estudiantes la oportunidad de aprender a través de situaciones en las que se los incluye en situaciones simuladas (no se refiere con ello a los tradicionales "juicios simulados" que son un útil ABP), sino en circunstancias parecidas a los que se presentan a los abogados en diversas áreas. Esta formación en la introducción y posterior profundización en el Derecho Probatorio sirve para asignaturas posteriores en la malla curricular como los distintos tipos de clínica que trabajan con casos y problemas reales para los cuales el alumno ya viene preparado de un ambiente simulado como el planteado en este curso (Kaori y Hidetoshi, 2017).

El docente asume varios roles: interviene sistematizando el aporte, planteando dudas y orientando hacia las respuestas (Thies, 2010). Como facilitador conduce con preguntas el trabajo individual dentro del grupo, de los grupos entre sí y de cada alumno. El método de diálogo socrático permite estimular, conducir, retroalimentar y concentrar la discusión. En los modelos de los modelos de preguntas socráticas que orientan al alumno grupal o individualmente hacia la respuesta buscada se incorporan perfectamente los verbos claves propuestos por Bloom, en el caso de esta asignatura solo para el proceso cognitivo en los tres dominios iniciales del conocimiento, comprensión y aplicación (Wolff y Chan, 2016; Ryan, Shuai, Ye y Ran, 2014). Además valora el aporte individual y grupal, motiva el desempeño desde las particularidades de cada alumno para la obtención de un resultado común y así la maximización del aprendizaje. Finalmente el docente aprecia y pondera los resultados obtenidos, retroalimenta y adecua sus estrategias (Miller, Schell, Ho, Lukoff y Mazur, 2015; Fadul, 2009). El diálogo con los alumnos se realiza mediante el método socrático que crea un foro seguro que cobija el error y el acierto para ofrecer beneficios sustanciales a partir del aprendizaje desde una visión constructivista de la educación (Ryan, Shuai, Ye y Ran, 2014) (Ayers, 2006).

Desarrollo

La enseñanza del derecho está fuertemente asociada con el aprendizaje casi memorístico para satisfacer mínimos de evaluación. Así no genera ni motivación, ni aprendizaje perdurable (Thalluri, O'Flaherty y Shepherd, 2014). Esta asignatura es interdisciplinaria: abarca aspectos epistémicos

(Gnoseología), de ejercicio de la retórica ponderación de la credibilidad del relato (Psicología Jurídica), y también del poder y su legitimidad (Filosofía Política y Social). Con ello es un área propicia para estas propuestas de innovación metodológicas (Kennedy, 1982). Convencer sobre la verdad de un relato involucra ponerse en el lugar del interlocutor de ese diálogo (empatía), mucho más complejo en un contexto epistémico en el que se plantean dos o más narraciones y justificación de las mismas a ser examinadas por un tercero como es el juez. Insta al docente a esforzarse por involucrar al alumno en la comprensión y contextualización del tema remarcando la importancia que tiene en su desempeño profesional futuro el valor de justicia de la causa que representan (Kennedy, 1987)[4].

El aprendizaje colaborativo es aquella estrategia y metodología de enseñanza-aprendizaje en la que los alumnos asumen un rol compartido para un fin común (Palincsar, 1998). El docente planifica el qué y para qué de la actividad de aprendizaje (de allí lo de “estrategia”), pero además sabe de antemano el uso que hará de ella para combinar paulatinamente según los resultados esperados de la asignatura solo determinados procesos cognitivos, procedimentales y metacognitivos (Pantoja Ospina, 2013; Gokhale, 1995). La tarea de preparación para cada clase es asumida por el alumno y acompañada por el docente que debe: prever la interacción entre pares dentro y fuera de la sala de clases; que algunos alumnos asistirán a la clase con las lecturas indicadas y otros no; orientar y proveer información para concentrar al alumno en lo que se espera de él (Coloma Correa, 2005; Hess, 2013). Esta propuesta tiene como objetivo implementar, examinar, validar, corregir y dar a conocer las potencialidades del uso combinado de metodologías activas de aprendizaje. Al aprendizaje colaborativo se suma otra herramienta: el diálogo socrático. Con ello se logra que el alumno pueda “aprehender” a partir de la *percepción y reflexión, conceptualización y aplicación paulatina* de habilidades cognitivas y actitudinales (Miller et al., 2015).

La investigación ha puesto de manifiesto la importancia de involucrar varios órganos de los sentidos para una mejor experiencia de aprendizaje dentro del marco cooperativo de aprendizaje (Mazur, 2006). El docente siempre está disponible para asistir a los alumnos individual y grupalmente, recopila información de seguimiento para adecuar las estrategias de enseñanza-aprendizaje (Strayer, 2012, 172; Lage, Platt, y Treglia, 2000). El cuidado en la implementación desarrollada en los últimos 30 años de diseños con la visión

propuesta de integración de metodologías activas se denomina "*Flipped Learning*", "*Blended Learning*" o simplemente clase invertida. En la literatura más contemporánea se hace resalta el uso de internet y metodologías on-line que se excluye de este proyecto (Wolff y Chan, 2016).

El aprendizaje colaborativo genera el escenario de confianza en el cual los alumnos puedan hacer y saber hacer con sus pares orientado con diálogo socrático que inculca el docente (Vickrey, Rosploch, Rahmanian, Pilarz y Stains, 2015). El docente diseña el escenario y proporciona los recursos necesarios coherentes para el resultado del aprendizaje de un contenido. El uso de la metodología de aprendizaje cooperativo complementado con la clase socrática coadyuva a obtener excelentes resultados (Prince, 2004; Gokhale, 1995). La clase socrática necesita insumos previos como saber de cada alumno cómo desea aportar a la clase, ello para permitir que todos participen, incluso aquellos que lo hacen más pasivamente. En el caso de esta asignatura el docente solicitó a los alumnos respondan unas preguntas indicando cómo deseaban participar en las clases, en ello se siguió la recomendación de cómo conocer mejor a los alumnos (Hess, Friedland, Schwartz y Sparrow, 2011). Se solicita a los alumnos señalen como desean participar en clases (con nombre y por escrito): a) Siendo interrogados sin previo aviso; b) Interrogados con previo aviso; c) Disertando con tareas asignadas con antelación; d) Respondiendo como parte de un grupo; e) Respondiendo presentando una minuta o resumen de la clase por escrito. Ello se realizó en esta clase de modo que el docente puede saber las preferencias de cada alumno.

Las preguntas a formular en los distintos escenarios didácticos están previamente diseñadas por el docente, es un proceso muy disciplinado que actúa como el equivalente de la intuición interna del alumno al que orienta en las habilidades de pensamiento crítico. Las preguntas socráticas combinan aspectos del proceso cognitivo (recuerdo, comprensión y aplicación) como metacognitivo (fáctico, conceptual, procedimental y metacognitivo) siguiendo las recomendaciones en esta materia (Heer, 2012). Así por ejemplo la pregunta al grupo: ¿Reconocen sobre qué discuten las partes en la película? Se busca una respuesta que combina el aspecto conceptual a partir del recuerdo de la percepción (lo visto y oído). Las contribuciones de cada alumno individual o como parte de un grupo son valoradas en ese camino ya que el acierto y el error sirven para la orientación, cada aporte debe ser tratado con equidad y cuidado (Ryan, Shuai, Ye y Ran, 2014). La labor del profesor sigue siendo

muy desafiante en este contexto, pues es él quien con mucha delicadeza deberá ir orientando la discusión y, si es necesario, proveyendo de nueva información que no está disponible para los estudiantes. Así se evita el que todo discurso termine siendo relativizado (Turull, 2011) (Cárdenas, 2002).

Esta actividad de aprendizaje y evaluación comprende cinco sesiones, cada una en dos partes con recreo de por medio. La actividad no presencial del alumno es de dos horas totales (lectura de guía y respuestas a preguntas en forma individual) El alumno ya en la primera clase se le comunica el material de lectura para la asignatura. En las sesiones se va recordando el material de lectura correspondiente

La secuencia de las actividades de aprendizaje comprende (Ver anexo 2):

a. Proyección de película (primera parte). En la primera sesión se inicia con el elemento motivador de compartir la primera parte de una película con los alumnos. La película (Filadelfia (1993)) fue seleccionada previendo sea desconocida para los alumnos por su rango etario, tenga por protagonistas a abogados y desarrolle además temas relacionados con proceso judicial. Previo recreo se conforman cuatro grupos de trabajo con preguntas sobre la película que deben ser incluidas en una matriz para simplificar la actividad. Se insta así el trabajo en grupo en torno a preguntas con matrices sobre lo tratado para centrarse en la percepción o experiencia (focalización en la explicación sin usar lenguaje técnico). La clase se cierra resumiendo el docente los aportes de cada grupo incorporando paulatinamente leguaje técnico y se invita a la lectura de un texto y respuesta a un cuestionario individual para la clase siguiente *(Recursos didácticos película, actividades en grupo para completar una matriz; Rol docente de acompañamiento y motivacional de las actividades en grupo valorando los aportes individuales)*

b. Revisión en pareja de control de lectura con proyección de preguntas y competencia entre las parejas (actividad evaluativa sin nota): preguntas con respuestas abiertas y selección múltiple. El docente presenta diapositivas con las preguntas del cuestionario reformuladas como alternativas múltiples y va solicitando a cada pareja su opción espera el diálogo y corrección mutua entre los miembros sobre la respuesta correcta (Mazur, 2006) En la dispositiva el docente va resaltando las op-

ciones que se proponen, al final señala cuál es la correcta. Se procura a partir del acierto y error puedan perfeccionar sus respuestas cada pareja *(Recursos didácticos lectura, actividades en parejas y cooperativo, diapositivas con el cuestionario entregado; Rol docente de propone las preguntas según cuestionario diapositivas, recopila las respuestas, insta al diálogo entre los miembros de las parejas, propone y fundamenta la respuesta correcta).*

c. Se suma una sesión de sistematización y mapas conceptuales de los contenidos trabajados hasta ahora (focalización sobre reflexiones y conceptos técnicos). La clase se desarrolla en torno a construir y consolidar el proceso de *conceptualización* y hacer partícipe a cada grupo y pareja participante de las etapas previas. El docente conduce al curso activamente desde la percepción, por la reflexión hasta la conceptualización *(Recursos didácticos lectura, diapositivas con mapas conceptuales uso de Prezi; Rol docente expositivo, pregunta y orienta en las respuesta en clase, sistematiza).*

d. Película (segunda parte) y trabajo en grupo en torno a preguntas con matrices sobre lo visto (focalización sobre conceptualizaciones y aplicación de ellas). Un proceso judicial donde pueden comenzar a *aplicar* lo que se conceptualizó. Se desarrolla luego una actividad grupal. Vuelven a conformarse los cuatro grupos con asignación de tareas en torno contenidos específicos del programa en los que deben usar ahora lenguaje técnico. El docente acompaña a cada grupo y los asiste en sus actividades. Luego hace una sistematización con mapas conceptuales sobre cada tema. Se cierra la clase invitando a los alumnos a participar en la siguiente sesión que es evaluativa. Se aprovecha para explicar al alumno como será su rol como evaluado, coevaluador y examen de desempeño en ambas actividades que realizará el docente mediante una rúbrica. Se entrega la rúbrica y un modelo del *quiz (Recursos didácticos película, actividades en grupo para completar una matriz; Rol docente de acompañamiento y motivacional de las actividades en grupo valorando los aportes individuales).*

La secuencia de las actividades de evaluación se compone de los siguientes pasos (Ver anexo 3):

a. El control tiene cuatro temas cada uno con 4 preguntas. En 30 minutos deben responder las preguntas. Luego el docente redistribuye los controles a los alumnos con un tema diferente para que lo corrijan en otros 30 minutos. Así cada alumno finalmente tratará un total de 8 preguntas en base a lo original asignado más lo que debe coevaluar. De esta forma se combina una medición formativa con otra coevaluativa (Hammill, Best y Anderson, 2015).

b. En la siguiente sesión el docente devuelve los controles escritos con las notas de desempeño original, como coevaluador, a quienes se invita ubicarse en parejas.

c. Se analiza en una hora proyectándose cada pregunta e invita el docente al curso a que propongan las respuestas correctas, se las explica y también se identifican las opciones o propuestas incorrectas. De esta forma en la retroalimentación el alumno tiene un rol activo y entre las parejas también se enseñan recíprocamente.

d. El docente valora el rendimiento individual, en parejas y colectivo. Se cierra con un mapa conceptual de repaso de los contenidos.

La actividad evaluativa pretende obtener indicadores del proceso de *experiencia, reflexión, conceptualización y aplicación* mediante la combinación del aprendizaje colaborativo con la clase socrática (Lobato, 1997; Nicol y Boyle, 2003). Mediante la coevaluación el alumno puede examinar las respuestas de su compañero, aprender de ella, proponer correcciones. De esta forma hay cooperación durante el aprendizaje y en la actividad evaluativa (Thalluri, O' Flaherty y Shepherd, 2014) (Cobas Cobiella, 2015).

Conclusión en perspectiva y prospectiva

La excelencia del aprendizaje es resultado de la excelencia de la enseñanza. Para generar un aprendizaje perdurable se consideran los dominios cognitivos y del conocimiento que se entrecruzan y son dinámicos (Bloom), para implementar ello en cada actividad se considera el ciclo de Kolb incorporando las metodologías activas del aprendizaje colaborativo orientado con el diálogo socrático en cada sesión. En relación a objeciones eventuales a esta propuesta sobre el "diálogo socrático":

a. El método socrático sigue siendo válido -y lo demuestra la investigación más reciente- siempre que sea complementario a otras metodologías. En este caso lo es al aprendizaje colaborativo. Quizás la observación realizada pueda ser válida en el contexto de la aplicación exclusiva del "interrogatorio socrático" sin combinar con otras metodologías. Así el diálogo socrático usa y aprovecha la distracción del estudiante para valorarlo y hacerlo participe en su grupo y en la clase. En el aprendizaje colaborativo la orientación (no imposición) proviene del estudiante y de los pares, el docente no da la respuesta, sino que oriente hacia ella y eso es el plus que otorga lo socrático o inducido al aprendizaje entre pares (Ryan, Shuai, Ye y Ran, 2014) (Ayers, 2006; Santiveri, Iglesias, Gil, y Jordana, 2011).

b. El método socrático en el marco colaborativo ha sido redescubierto y demuestra eficacia (Oh y Reamy, 2014) (Strayer, 2012). Especialmente en la enseñanza del derecho las discusiones en torno a él son muy valiosas y la discusión sobre su aplicación como metodología exclusiva sigue vigente incluso (Cobas Cobiella y Mirrow, 2014).

c. Efectivamente como método único ha demostrado su fracaso, ahora "compasivo" y en ambiente colaborativo por el contrario evidencia éxito (Wolff y Chan, 2016, 43-55). Como método único y en la versión tradicional inquisitiva puede es una opción no eficaz considerando la nueva generación de estudiantes que ingresan a las salas de clases. Distinto es su aplicación complementaria al aprendizaje colaborativo para orientar y encausar individual y grupalmente al/ a los alumnos. La combinación con el aprendizaje basado en proyectos y el método del caso dan cohesión y encausan amigablemente la enseñanza en la propuesta

pedagógica y didáctica acá formulada (Orejundo, Fernández y Garrido, 2008) (Fernández March y Bolonia, 2006).

El propósito declarado en el programa de la asignatura mediante resultados de aprendizaje podría ser logrado mediante metodologías activas. Este proyecto plantea como investigable la aplicación del aprendizaje colaborativo en Derecho Probatorio. Postula la planificación de la asignatura adecuándose a determinados parámetros descriptivos, taxonómicos, de resultados y métodos para cumplirlos y evaluarlos. Es posible implementar la recomendación de Julio Cortázar con el maestro que insta a asumir la tarea de *instruir y educar, dando alas y orientando a esa conciencia naciente del alumno.*

Referencias

Alford, R. (2008). How Do You Trim the Seamless Web? Considering the Unintended Consequences of Pedagogical Alterations. *University of Cincinnati Law Review,* 77, 1273.

Anderson, L. W., Krathwohl, D. R., Airasian, P. W., Cruikshank, K. A., Mayer, R. E., Pintrich, P. R., Raths, J. y Wittrock, M. C. (2001). *A taxonomy for learning, teaching, and assessing: A revision of Bloom's Taxonomy of Educational Objectives*. New York: Longman.

Ayers, P. (2006). Using subjective measures to detect variations of intrinsic cognitive load within problems. *Learning and Instruction, 16*(5), 389-400.

Bartimote-Aufflick, K., A., B. y Ainle, M. (2006). University Teachers Engaged in Critical Self-Regulation: How May They Influence Their Students? En A. Efklides y P. Misailidi, *Trends and Prospects in Metacognition Research* (pp. 427-444). London: Springer.

Beryl, B. (1992). Teaching Evidence: Storytelling in the Classroom. *The American University Law Review*, 41, 453.

Berrett. D. (2012). How 'flipping' the classroom can improve the traditional lecture*. The Chronicle of Higher Education,* 12, 1-14

Carnelutti, F. (1982). *La Prueba Civil*. Buenos Aires: EJEA.

Cobas Cobiella, M. E. (2015). El aprendizaje cooperativo: una competencia imprescindible para la formación de juristas. *Revista Boliviana de Derecho, 18*, 604-621.

Cobas Cobiella, M. M. y Mirrow, M. (2014). Educación legal en los Estados Unidos. Facultades de Derecho y el Juris Doctor. *Inter-American Law Review , 46*(1), 7-31.

Coloma Correa, R. (2005). El ocaso del profesor Binns: Un ensayo acerca de la enseñanza del derecho en Chile. *Ius et Praxis*, *11*(1), 133-172.

Couture, E. (1977). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma.

Fiss, O. (1999). El derecho según Yale. En M. Böhmer, *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía* (págs. 26-35). Barcelona: Gedisa.

Fadul, J. A. (2009). Collective Learning: Applying distributed cognition for collective intelligence. *The International Journal of Learning*. 16 (4), 211-220.

Fernández March, A. y Bolonia, T. (2006). Metodologías activas para la formación de competencias. México, D.F.: *Educación Siglo XXI*.

Fredrick E. (2010). Toward a General Theory of Standards of Proof, *60 Cath. U. L. Rev. (*2010), 1.

Gokhale, A. A. (1995). Collaborative learning enhances critical thinking. *Journal of Technology Education, 7*(1), 22-30.

Hammill, J., Best, G. y Anderson, J. (2015). Developing Student Mentor self-regulation skills through formative feedback: Rubric development phase. *Journal of Peer Learning, 8*, 48-58.

Heer, R. (2012). *Iowa State University Center for Excellence in Learning and Teaching Updated*. Recuperado de http://www.celt.iastate.edu/teaching/effective-teaching-practices/revised-blooms-taxonomy(revisado 25/8/2016).

Hess, Gerald F. (2013). Blended Courses in Law School: The Best of Online and Face-to- Face Learning? *McGeorge Law Review*, 45, 51-67

Hess, G., Friedland, S., Schwartz, M. y Sparrow, S. (2011). *Techniques for Teaching Law 2.* North Carolina: Carolina Academic Press.

Hopkins, A. (2008). *Teaching Evidence Law Within the Framework of a Trial: Relating Theory to Practice as Students Take to Their Feet and Take Responsibility for the Trial Narrative. Journal of the Australian Law Teachers Association,* 173-184.

Iborra Cuéllar, A. y Izquierdo Alonso, M. (2010). ¿Cómo afrontar la evaluación del aprendizaje colaborativo? Una propuesta valorando el proceso, el contenido y el producto de la actividad grupal.*Revista General de Información y Documentación, 20*, 221-241.

Kaori, Y. y Hidetoshi, Y. (2017). Project-based learning in out-of-class activities: flipped learning based on communities created in real and virtual spaces. *Procedia Coputer Service*, 112, 1044-1053.

Kennedy, D. (1987). The Responsibility of Lawyers for the Justice of Their Causes. *Texas Tech Law Review,* 18, 1157-1163.

Kennedy, D. (1982). Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. *Journal of Legal Education*. 591-615.

Lobato, C. (1997). Hacia una comprensión del aprendizaje cooperativo. *Revista de Psicodidáctica, 4*, 59-76.

Kolb, D. A. (1976). *The Learning Style Inventory: Technical Manual*, Boston, Ma.: McBer.

Kolb, A. Y., y Kolb, D. A. (2005). The Kolb Learning Style Inventory – Version *3.1: 2005 Technical Specifications*. Haygroup: Experience New York: Based Learning Systems Inc.

Lage, M. J., Platt, G. J. y Treglia, M. (2000). Inverting the classroom: A gateway to creating aninclusive learning environment. *The Journal of Economic Education, 31*(1), 30–43.

Lam, D. (2004). *Problem-based learning: an integration of theory and field. Journal of Social Work Education,* 40, 371, 372.

Leclerc, O. (2012). La distinction entre 'la preuve en droit' et la 'preuve en science' est-elle pertinente? E. Truilhé-Marengo. *Preuve scienti que, preuve juridique*. Paris: Larcier.

Lemmer, C. (2013). *A view from the Flip Side: Using the "Inverted Classroom" to Enhance the Legal Information Literacy of the International LL.M. Student*. *Law Library Review,* 2, 461-491.

Mayer, R. E. (2009). *Learning and Instruction.* Upper Saddle River, NJ.: Pearson/ Merrill/ Prentice Hall.

Mazur, E. (1996). *Peer Instruction: A User's Manual.* Boston, MA: Addison Wesley.

Mazur, E. (2006). Peer Instruction: Wie man es schafft, Studenten zum Nachdenken zu bringen. Praxis der Naturwissenschaften. *Physik in der Schule*, *55*(4), 11-15.

Miller, K., Schell, J., Ho, A., Lukoff, B. y Mazur, E. (2015). Response switching and self efficacy inPeer Instruction classrooms. *Physical Review Special Topics - Physics Education Research*, *11*(1),1–8.

Nicol, D. J. y Boyle, J. T. (2003). Peer instruction versus class- wide discussion in large classes: A comparison of two interaction methods in the wired classroom. *Studies Higher Education*, 28, 457-473.

Nance, D. (2016). *The Burden of Proof.* Cambridge: Cambridge U. Press.

Oh, R. y Reamy, B. (2014). The Socratic Method and Pimping: Optimizing the Use of Stress and Fear in Instruction. *American Medical Association Journal of Ethics, 16*(3), 182-186.

Orejundo-Hernández, S., Fernández-Turrado, T. y Garrido-Laporte, M. A. (2008). Experiencias con metodologías activas en la formación del profesorado. *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, *63*(22), 21-45.

Palincsar, A. S. (1998). Social constructivist perspectives on teaching and learning. *Annual Reviewof Psychology, 49*, 345-373.

Prince, M. (2004). Does active learning work? A review of the research. *Journal of Engineering Education, 93*(3), 223–231.

Pantoja Ospina, M. A. (2013). Learning Styles Models : An upgrade for their revision and analysis. *Revista Colombiana de Educación*, (64), 79–105.

Posner, R. A. (2001). *Clinical and Theoretical Approaches to the Teaching of Evidence and Trial Advocacy.* Chicago: University of Chicago Law School

Prütting, H. (2016). *Münchener Kommentar zur ZPO*. Múnich: Beck.

Ramy, H. (2013). Moving Students from Hearing and Forgetting to Doing and Understanding: A Manual for Assessment in Law School. *Capital University Law Review*, *41*, 837-850.

Roberts, P. (2002). *Rethinking the* Law of Evidence*: A Twenty-First Century Agenda for* Teaching *and Research. Current Legal Problems*, *55*(1), 1.

Rothstein, P. (2006). *Teaching Evidence*. Georgetown: Georgetown University Law Center.

Ryan, E., Shuai, X., Ye, Y. y Ran, Y. (2014). When Socrates meets Confucius: teaching creative and critical thinking across cultures through multilevel Socratic method. *Nebraska Law Review*, *92*(2), 290-349.

Santiveri Morata, F., Iglesias Rodríguez, C., Gil Iranzo, R. y Rourera Jordana, R. (2011). Metodologías activas en la docencia universitaria: resultados de algunas experiencias realizadas. *IX Jornades de xarxes d'investigació en docència universitària* Recuperado de http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4127817

Sentis Melendo, S. (1979). *La Prueba*. Buenos Aires: EJEA.

Schatzberg, L. (1999). *Applying Bloom's and Kolb's Theories To Teaching Systems Analysys and Design*. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/241724614_Applying_Bloom's_and_Kolb's_Theories_To_Teaching_Systems_Analysis_Design

Strayer, J. F. (2012). How learning in an inverted classroom influences cooperation, innovation and task orientation. *Learning Environments Research, 15*(2), 171-180.

Taruffo, M. (2003). *Rethinking the Standard of Proof. American Journal of Comparative Law, 51,* 659-677.

Taruffo, M. (2010). *Evidence,* in International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Cap. 7, Berlin: Mohr Siebeck, Tübingen.

Thalluri, J., O 'Flaherty, J. A. y Shepherd, P. L. (2014). Classmate peer-coaching: "A Study BuddySupport scheme". *Journal of Peer Learning*, *7*(7), 92–104.

Turull, M. (Ed). (2011). *Experiencias de mejora e innovación docente en el ámbito del Derecho*. Barcelona: Universidad de Barcelona.

Thies, D. (2010). Rethinking Legal Education in Hard Times: The Recession, Practical Legal Education and the New Job Market. *Journal of Legal Education, 59*, 598-630.

Vickrey, T., Rosploch, K., Rahmanian, R., Pilarz, M. y Stains, M. (2015). Research- Based Implementation of Peer Instruction: A Literature Review. *Life Sciences Education, 2*, 14-19.

Wolff, L.-C. y Chan, J. (2016). *Flipped Classrooms for Legal Education.* New York: Springer.

Notas

[1] No se profundiza en la definición, concepto o descripción de lo que por "pedagogía" o "didáctica". No es el objeto de este texto, sino aplicar terminología, conceptos y metodología de las Ciencias de la Educación que dicen relación con la pedagogía y didáctica. El texto puede catalogarse como perteneciente a la preocupación en los últimos veinte años sobre la renovación en la enseñanza del Derecho.

[2] Importante para el lector no versado en Derecho como para el jurista es relevante esta parte. Para el primero debe describirse en núcleo esencial de la asignatura no reducido a enunciación de contenidos, sino esenciales. Para el segundo, sirve para explicar la visión del autor sobre el tema que es objeto de enseñanza.

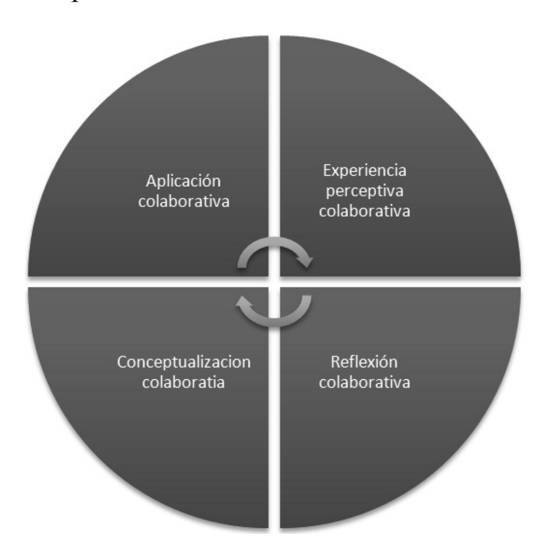
[3] Acá se describe no ya la esencia de la prueba (tratada en el acápite anterior), sino que se describe el programa de la asignatura en sus contenidos y tiempos para esta parte introductoria en la que se aplicaron estas propuestas metodológicas innovativas.

[4] Por desarrollo se entiende la enunciación y examen de cada paso, detalle, secuencia que intenta aplicar la metodología colaborativa con el diálogo socrático en base a problemas y casos que emanan de la narrativa del film empleado.

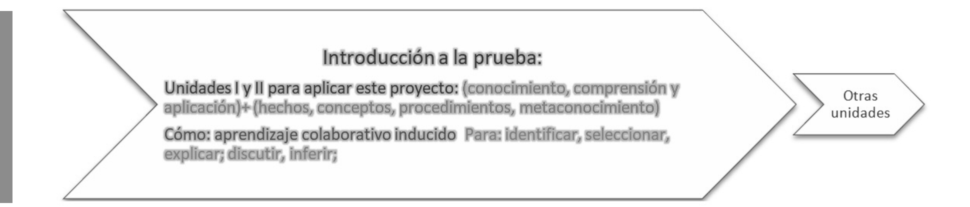
Anexo 1

Propuesta para la innovación enseñanza aprendizaje: marcos teóricos

Desarrollo de la parte inicial de la asignatura (programa formulado según Bloom en resultados y habilidades (Macro)) la propuesta de este proyecto solo se aplica a las primeras unidades.



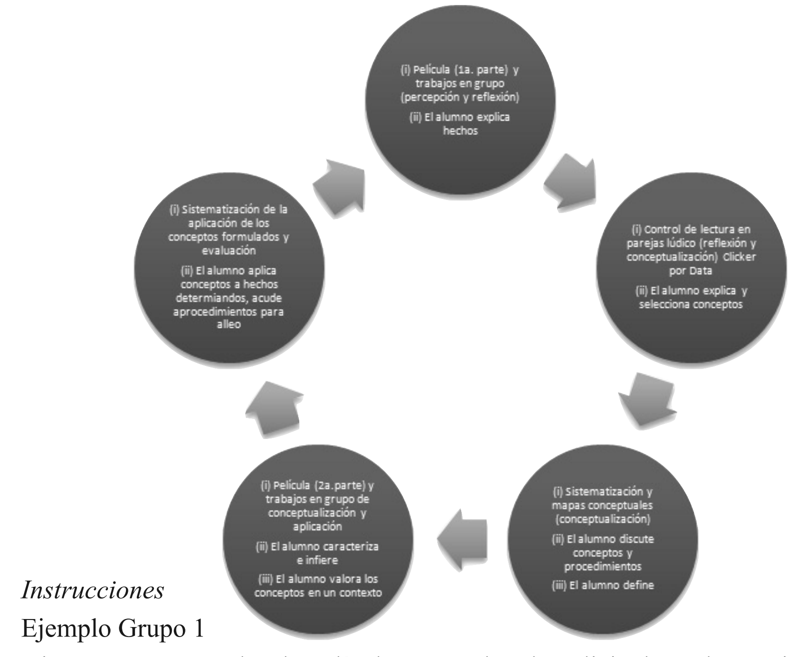
ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a6



Anexo 2

Secuencia de actividades de enseñanza y evaluativas, resultados esperados, relación con el contenido del programa y actividad a realizar

Trabajos en grupo Primera sesión película (1.ª Parte)



Instrucciones

Ejemplo Grupo 1

Discuta en grupo sobre la película y complete lo solicitado en la matriz. Luego un miembro del grupo expondrá el resultado.

1. Describa lo acontecido de acuerdo a la visión del demandante ¿Cómo sucedieron los hechos según él?
2. Describa lo acontecido de acuerdo a la visión del demandado ¿Cómo sucedieron los hechos según él?
3. Señale las coincidencias entre las dos visiones. ¿Sobre qué detalles coinciden las dos visiones?

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a6

	Qué y cómo	Cuándo	Dónde
Acontecimientos según demandante			
Acontecimientos según demandando			
Señale las coincidencias			

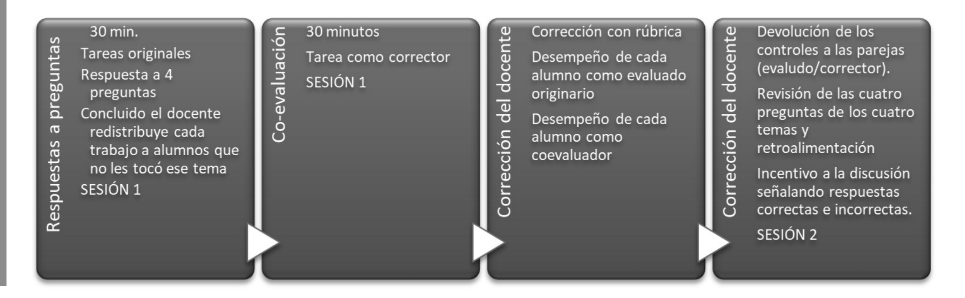
Trabajos en grupo cuarta sesión película (2.ª Parte)

Ejemplo Grupo 1
Discuta en grupo sobre el texto entregado para lectura y tome nota de las respuestas que propongan los otros grupos que se relacionen con la matriz que deben completar. Complete la matriz y luego un miembro del grupo las expondrá.

Objeto de la prueba	Definición de prueba judicial	Medios de prueba
¿Qué se prueba?	*¿Qué es la prueba?*	*¿Con qué se prueba?*
¿Qué no necesita probarse?	*¿Cuál es la finalidad de la prueba?*	*¿Cuáles son las características de los medios de prueba?*

Anexo 3

Quiz, actividad evaluativa con nota



ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a6

Doctrina

Carolina Riveros, Cristian Contreras y Rodrigo Palomo✎

Mediación y personas mayores en Chile

Mediation and Elderly Persons in Chile

Mediação e pessoas idosas no Chile

Resumen: *Este trabajo tiene como objetivo principal plantear que para los adultos mayores, en Chile, también es necesario implementar una política pública de mediación previa y obligatoria en determinadas materias.*

Palabras clave: *mediación, adultos mayores, acceso a la justicia.*

Abstract: *This work takes as a main target to raise that for the Senior citizen, in Chile; also it is necessary to implement a public politics of previous and obligatory mediation in certain matters.*

Keywords: *mediation, Senior citizen, access to the justice.*

Resumo: *Este trabalho toma como um objetivo principal para levantar isto para o cidadão de Senior, no Chile, também é necessário implementar uma política pú-*

✎ Carolina Riveros: Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Talca.
✉ *criveros@utalca.cl*
Trabajo escrito en el marco del Proyecto FONDEF ID16AM0006 titulado "El maltrato estructural a las personas mayores en Chile. Formulación de un índice multidimensional" de la cual la autora es la investigadora responsable. Este artículo también ha sido realizado dentro del marco del Proyecto Anillo Programa: PIA SOC 1406, 2015–2018 titulado "Mecanismos alternativos de resolución de conflictos como herramienta de modernización de la justicia. Construcción dogmática a partir de un análisis multidisciplinario" de cual participa como coinvestigadora.
✎ Cristian Contreras: Profesor de Derecho Procesal de Universidad de Talca.
✉ *ccontreras@utalca.cl*
✎ Rodrigo Palomo: Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Talca.
✉ *rpalomo@utalca.cl*
El autor participa en calidad de coinvestigador del Proyecto FONDEF ID16AM0006 como asimismo del Proyecto ANILLO PIA SOC, 1406 2015–2018.

blica da mediação prévia e obrigatória em certas matérias

Palavras-chave: *mediação, acesso de cidadão Sênior à justiça.*

Recibido: 20180228
Aceptado: 20180407

Agradecimientos: *a Gabriela Villarroel y Maximiliano Olivares por su colaboración en la revisión de aspectos formales de este trabajo.*

Planteamiento general

Observando los datos estadísticos disponibles[1], resulta innegable que las personas de la tercera edad se han ido convirtiendo poco a poco en uno de los grupos centrales de la sociedad. El aumento de la esperanza de vida es, sin lugar a dudas, una buena noticia, pero no debe olvidarse que esto acarrea necesidades adicionales que tanto el Estado como la comunidad en su conjunto deben estar dispuestos a asumir y satisfacer. Chile envejece, en el 2050 se proyecta que en nuestro país habrá 6,3 millones de personas con más de 60 años, lo que correspondería al 29,5 % de la población chilena[2]. Figueroa expresa “No cabe duda que la humanidad se está convirtiendo en una sociedad cada vez más añosa” (Figueroa, 2008).

Recientemente se publicó por la OCDE un estudio denominado “Pensiones en un Vistazo”. Dicho estudio proyecta que en 2065, Chile tendrá 63 personas mayores de 65 años por cada 100 personas en edad de trabajar. Ello significa que luego de México y de Turquía somos el país con la mayor alza de personas mayores. En dicho contexto se advierte que en 50 años más en Chile, habrá más personas jubiladas que personas en condiciones de trabajar[3].

Por lo tanto, el creciente aumento de la cantidad de adultos mayores es un tema que debe ser enfrentado ahora. Se ha reconocido la existencia del maltrato estructural de los adultos mayores en Chile por organismos de carácter público como el SENAMA (Servicio Nacional Adultos Mayores). En consecuencia, se ha definido el maltrato estructural como “aquel en que el ordenamiento jurídico, económico y social propicia la violencia sistémica ejercida en contra de este grupo etario”. De este modo, las personas mayores en Chile están inadecuadamente protegidas por el ordenamiento jurídico, bioético y de salud pública (Riveros, 2017). Específicamente, el derecho a acceso a la justicia, a través de los sistemas tradicionales de justicia parece insuficiente para los adultos mayores, considerando en muchas ocasiones un nivel de vulnerabilidad mayor que otros grupos etarios. Asimismo, el nivel de maltrato estructural está determinado por la condición de vulnerabilidad del adulto mayor asociada a factores de género,

concepto negativo de la vejez, estrato socio-económico, desarrollo educacional y condiciones o estado de salud. (Riveros et al., 2017) Elementos o factores exógenos a la justicia pero que inciden sustancialmente cuando las personas están atravesando un conflicto. Estimamos que en muchos conflictos con partícipes adultos mayores se debería utilizar la mediación obligatoria como primer instrumento de acceso a la justicia. Por ello, se propone ampliar los casos de mediación previa y obligatoria en Chile a casos relacionados con adultos mayores.

A título ejemplar en este orden de cosas, en materia de Derecho de Familia podemos indicar un caso del Tribunal de Familia de Santa Cruz, causa Rol C-407-2014 en que la curadora del padre, quien es también la esposa del legitimado activo demanda alimentos contra los hijos**.** En dicha causa el padre sufre del mal de Parkinson, insuficiencia cardiaca e hipertensión arterial. Asimismo, los ingresos familiares representan la suma de 535,21 dólares ($348.293 pesos chilenos) y los egresos constituyen 592,23 dólares ($385.403 pesos chilenos)[4]. Además, tiene 76 años de edad, está bajo interdicción por demencia y vive de allegado junto a su señora en un Hogar de Ancianos. El hijo demandado recibe como administrador de un local el sueldo mínimo, cuestión que a juicio del Tribunal parece inverosímil. Tiene una carga familiar y además, vive con su conviviente y la madre de ella. Quienes no realizan ninguna actividad laboral. La hija demandada vive con su marido, quien es dueño de un predio de 74 hectáreas, y sus 3 hijos universitarios. Ella recibe un sueldo como profesora de aproximadamente 1491 dólares ($970.000 pesos chilenos). El tribunal de primera instancia determinó acoger la demanda y condenó al hijo apagar un 25% de un ingreso mínimo remuneracional y a la hija a un 31.11% de un ingreso mínimo remuneracional en ambos casos reajustables. El hijo apeló a la sentencia y se acogió la rebaja del monto fijado y que en definitiva quedó en 13.34% de un Ingreso Mínimo Remuneracional Mensual.

A pesar de una situación física y mental absolutamente desmejorada unida a la falta de un hogar e ingresos menores a los egresos, se fija una pensión de alimentos bastante menor, en primera instancia y luego incluso se rebaja en la segunda instancia. La pensión es de aproximadamente 153,67 dólares ($100.000 pesos chilenos). Parece necesario que los aspectos a considerar como gastos y egresos de los adultos mayores sean adecuadamente ponderados. El derecho de alimentos respecto de los padres o ascendientes no es una acción de caridad, sino que representa una manifestación del principio de solidaridad recíproca entre ascendientes y descendientes.

En un caso como el arriba mencionado, definitivamente cabe preguntarse si las posiciones de demandante y demandado no se hubiesen podido acercar a través de la mediación. No podemos afirmar ni negar cómo contribuiría la mediación en este caso específico, sin embargo, intentaremos por medio de este trabajo entregar argumentos que funden la incorporación de la mediación previa y obligatoria para casos relativos a algunos conflictos en los cuales son partícipes adultos mayores.

Razones para fomentar la utilización de la mediación por las personas mayores

Desde una perspectiva internacional y especialmente latinoamericana

¿Existen impulsos a nivel internacional para el empleo de la mediación?

En primer lugar, el acceso a la justicia como derecho humano ha sido ampliamente reconocido en diferentes instrumentos jurídicos internacionales[5].

Francioni presenta un concepto amplio del derecho de acceso a la justicia, de este modo el autor adopta el siguiente concepto: -entendido como el derecho del individuo a obtener protección de la ley y la disponibilidad de recursos ante un tribunal o ante otro mecanismo equivalente de protección judicial o cuasi judicial- (Aguilar, 2010).

Asimismo, Acosta ha definido el derecho de acceso a la justicia desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de la siguiente manera:

> Todo individuo tiene derecho a accionar los recursos necesarios para la tutela de sus derechos y la solución de sus controversias, así como para la sanción de los delitos; persiguiendo con ello una respuesta acorde a derecho y ejecutable obtenida, en plazo razonable, ante un tribunal competente independiente e imparcial luego de tramitar un proceso con las debidas garantías judiciales que aseguren tanto a la defensa como la igualdad de condiciones entre las partes que participen en él. Este derecho incluye también la posibilidad de defensa y respuesta efectiva, aún cuando la causa no haya sido motivada por el propio individuo (Acosta, 2007).

Ahora bien, la misma autora caracteriza dicho derecho expresando que:

> Comprende el derecho a ser oído, para ello debe contar con mecanismos judiciales y extrajudiciales. Además, debe contar con instrumentos idóneos para la solución de controversias, enseguida se requiere de un derecho a recursos efectivos para la protección de los derechos humanos. También es necesario un tribunal independiente e imparcial, entre otros (Acosta, 2007).

El 15 de junio de 2015 se acordó por el Consejo Permanente aprobar la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante, CIPDHPM)[i]. Ya en el preámbulo se destacan aspectos muy relevantes en torno al tratamiento de las personas mayores, de este modo se indica en el párrafo 5:

> *Resaltando* que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos incluido el de no verse sometida a discriminación fundada en la edad no a ningún tipo de violencia, dimanan de dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano;

continúa el preámbulo expresando en el párrafo 6 que:

> *Reconociendo* que la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades.

La Convención reconoce una serie de principios, sin embargo en esta oportunidad sólo nos referiremos al acceso a la justicia. Dicho derecho se encuentra recogido en el Art 31 de la Convención y dispone:

La persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en contra de ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a7

Los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes a procedimientos en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas.

Los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales.

La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor.

Asimismo los Estados desarrollarán y fortalecerán políticas públicas y programas dirigidos a promover:

a) Mecanismos alternativos de solución de controversias[7].

b) Capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, incluido el personal penitenciario, sobre la protección de los derechos de la persona mayor.

El derecho de acceso a la justicia en el plano de las personas mayores es bastante amplio y posee diversas aristas. La Convención ha sido recientemente ratificada por nuestro país, por lo tanto es importante pronunciarse sobre la relevancia que tiene ocuparnos acerca de las personas mayores en Chile. Por ello, estimamos que existen instrumentos internacionales relevantes que fomentan la utilización de la mediación.

Considerando el ejemplo relativo al Derecho de Familia que utilizábamos al inicio de este trabajo y agregando que la mayoría de las personas mayores en Chile no obtienen pensiones elevadas, no deja de ser relevante cuanto es el costo económico y emocional asociado al acceso a la justicia. El monto promedio de pensiones entregadas por el sistema de AFP en 2016, considerando el aporte previsional solidario, bordea los $ 322,73 dólares ($210.000 pesos chilenos) en el caso de pensiones de vejez, representando una tasa de recambio promedio cercana al 35%. Considerando sólo las pensiones autofinanciadas, el promedio cae a $ 299,68 dólares ($195.000 pesos chilenos) aproximadamente[8]. No puede ser un impedimento para acceder a la

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a7

justicia el hecho que ello tenga asociado elevados costos. Por consiguiente, es un tema muy relevante considerar si el adulto mayor cuenta o no con los medios necesarios para acceder a la justicia y, en términos generales cómo establecer medios adecuados y accesibles a todos.

La efectividad del derecho de acceso a la justicia de las personas mayores es algo a lo que no hemos prestado toda la atención que se merece. En este sentido, una de dichas necesidades es la salvaguarda y respeto del derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva de las personas mayores, quienes, como todos, están plenamente facultados para golpear la puerta del sistema jurisdiccional en pro de la defensa de sus legítimos intereses y pretensiones.

Así, no debe sorprendernos que cada vez más personas mayores concurran a los organismos públicos de todo tipo, incluidas obviamente las instancias judiciales, a fin de conseguir una solución para los conflictos en que se ven envueltos, sean estos de naturaleza familiar, vecinal, administrativa, penal, etc. (Munuera y Armadans, 2012). Por tanto, el Estado no puede desentenderse de su deber de estar dotado de la capacidad suficiente para dar respuesta a las inquietudes que le planteen los adultos mayores, pues sus particulares condiciones de vulnerabilidad hacen de ellos un grupo que demanda especial cuidado y protección. De ahí que no pueda aceptarse, v. gr., que la escasez de recursos se convierta en la explicación usual y suficiente para dejar de atender los requerimientos de este colectivo, fundamentalmente cuando se trata de la resolución de un conflicto o de la determinación de aquello que es *justo* en una disputa. En los procesos en que están envueltas personas mayores se hace más patente que nunca la necesidad de que la justicia se materialice con la debida celeridad, pues muchas veces se tratará de individuos que no tienen el tiempo, los recursos ni las energías para esperar el final de la tramitación del proceso judicial y el pronunciamiento de la sentencia.

En este escenario, la CIPDHPM pone de manifiesto que los Estados deben asumir la obligación de realizar las adecuaciones necesarias para asegurar el acceso efectivo de las personas mayores a la justicia, lo que no solo implica llevar a cabo ajustes e inversiones dentro del marco de los tribunales de justicia y los diferentes procedimientos judiciales (que deben ser *amigables* para atender las pretensiones de las personas mayores), sino que a ello deben sumarse gestiones encaminadas a la promoción de mecanismos alternativos de resolución de controversias, teniendo en cuenta todos los beneficios que se

predican de ellos respecto a la consecución de soluciones rápidas, eficientes y eficaces para los conflictos.

En ese sentido, es claro que la Convención reconoce que las características actuales de la Administración de Justicia y el ejercicio estatal de la jurisdicción, en su formato clásico, llevan a dudar de su real idoneidad para otorgar una tutela judicial efectiva a las personas mayores, de modo que deben realizarse las acciones conducentes a poner a su disposición el empleo de mecanismos alternativos de resolución de controversias, entendiendo que estos también constituyen una vía adecuada para asegurar la vigencia y el respeto de sus derechos. Estos mecanismos alternativos, conocidos también como ADR (por sus siglas en inglés) consisten en técnicas hetero o autocompositivas que se caracterizan por resolver los litigios fuera del actuar del juzgador y de los tribunales. Clásicamente se considera entre ellas a la conciliación, la mediación, la negociación y el arbitraje (Iglesias y Calderón, 2011), debiendo precisarse que las tres primeras son expresión de las técnicas autocompositivas, pues en estas también es posible encontrar la intervención de un tercero, siempre que este se limite a proponer una solución o a asistir a las partes para conseguirla. En esos casos, el tercero no actúa "*supra partes*, sino *inter partes*" (Núñez, 2009).

Los altos costos involucrados, el excesivo formalismo, la lentitud de la tramitación y la ineficacia de la decisión producto de su tardanza -aspectos que han caracterizado el funcionamiento de los tribunales y los procedimientos judiciales-, instan a buscar otras formas más convenientes para garantizar el acceso a la justicia de todas las personas (Aguirrézabal, 2013) y encontrar soluciones que respondan a las condiciones de la sociedad actual (Taruffo, 1996) y, en particular, a las características de determinados grupos. Desde esta perspectiva, se ha apuntado que para la promoción de las formas alternativas de resolución de conflictos se ha teniendo en cuenta: a) un mayor acceso a la justicia, pues se trata de vías más expeditas que los tribunales; b) la descongestión de tribunales que siempre padecen una alta carga de trabajo y el consecuente aumento en los tiempos de tramitación y costos; c) una mejor calidad de las decisiones producto de la participación directa de las partes en la resolución de su controversia; y d) la mayor eficiencia en la solución de algunos conflictos de menor entidad (Paredes, 2012).

Desde una perspectiva procesal: ¿Permite la mediación efectivamente el acceso a la justicia y la tutela judicial?

Como nos recuerda Barona, hasta hace poco se consideraba al proceso judicial como la mejor forma para obtener la solución de los conflictos (Barona, 2014). De ahí que la tutela judicial a la que tienen derecho todas las personas debía provenir precisamente del ejercicio del poder jurisdiccional por parte de un órgano estatal dotado de la facultad de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* (tal como reza el artículo 76 de la Constitución chilena). Sin embargo, debido a las deficiencias del sistema, paulatinamente se fue aceptando que la solución pacífica y justa del conflicto también puede lograrse a través de herramientas ajenas al proceso, que de paso ayuden a la descongestión del propio sistema y al ahorro de los siempre escasos recursos. Así, hoy se considera que los mecanismos alternativos de solución de conflictos no son una alternativa al proceso, sino una vía complementaria a la justicia estatal (Barona, 2014), pues ambas coadyuvan en la consecución de soluciones plenamente satisfactorias y pacíficas para los conflictos, algo que puede verificarse, por ejemplo, con la etapa previa de mediación obligatoria que se ha establecido para ciertos conflictos de familia[9].

Como puede apreciarse, la urgencia por garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva llevaron a impulsar procedimientos de naturaleza extrajudicial, reformulándose el sentido de estos derechos. Así, se pasó desde una interpretación tradicional, en cuanto posibilidad de los individuos para ocurrir a los tribunales de justicia estatales y poner en marcha el ejercicio del poder jurisdiccional, a una concepción amplia, que permite entender cumplido este derecho mediante el aseguramiento del acceso a mecanismos alternativos de resolución de controversias (Esplugues, 2013). Esta noción coincide con la idea amplia de acceso a la justicia propulsada por Francioni, citado anteriormente.

No cabe ninguna duda de que el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva se alcanza por medio del clásico instrumento de heterocomposición constituido por el proceso judicial que, a través del ejercicio de las herramientas procesales que el legislador ha puesto a disposición de los ciudadanos, usualmente termina con el pronunciamiento de una sentencia que pone término al conflicto y se impone a la voluntad de los contendientes (Araújo-Oñate, 2011). Sin embargo, razones de eficiencia, costos, celeridad y, si se

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a7

quiere, legitimidad del contenido de la decisión (Palavecino, 2011), han llevado a motivar e impulsar la participación directa de las personas en el *hacer justicia*, y por tanto, a considerar que el empleo de los mecanismos alternativos también es una forma esencial y robusta de asegurar la vigencia y respeto de los derechos.

La promoción de los mecanismos alternativos responde a un reconocimiento y realce de la autonomía de la voluntad de las partes que están involucradas en la controversia (Cobas, 2014), en el sentido que se les anima a componer directamente su conflicto, sea en un procedimiento en que intervengan únicamente los afectados, sea con la colaboración de un tercero, a fin de lograr la consecución de un acuerdo que permita superar la disputa (Barona, 2011). Dicha composición directa puede resultar especialmente beneficiosa para un colectivo que presenta una serie de particularidades a nivel económico, sanitario, social y/o cultural, de manera que su intervención en procesos judiciales (que en caso alguno han previsto adecuaciones para el evento que intervengan personas mayores), puede transformarse en una experiencia desagradable e incluso traumática, donde las actuaciones procesales y la decisión misma del sentenciador se les presente, por decir lo menos, incomprensible.

En todo caso, deben tomarse ciertas prevenciones, pues se ha indicado que la participación directa en la obtención de una solución para el conflicto puede generar una falta de garantías para las partes, pues nada asegura que sus intereses resulten debidamente representados (Taruffo, 1996). De hecho, se ha afirmado que la mediación puede presentar ciertos riesgos (Barona, 2014), particularmente a partir del desequilibrio entre los intervinientes, por lo que es imprescindible encontrar la forma de gestionar esta situación (Butts, Munduate, Barón y Medina, 2009).

Respecto a lo conveniente que puede resultar el logro de la solución por los propios afectados, se ha resaltado, particularmente en el caso de la mediación, que esta técnica genera un mayor compromiso y cumplimiento de los acuerdos, pues se favorece el encuentro y la comunicación (Munuera y Armadans, 2012). Puede apreciarse que este efecto es de suyo importante si analizamos el acuerdo desde la perspectiva de quienes adquieren compromisos que van en beneficio de personas mayores, como sería el caso del acuerdo sobre alimentos suscrito por un adulto mayor y uno o más de sus hijos o nie-

tos. Huelga explicar la importancia que una prestación de este tipo tiene para la persona mayor y lo vital que resulta el cumplimiento de lo acordado.

A mayor abundamiento, la utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias adquiere mayor importancia para la composición de conflictos familiares dada la pervivencia de los vínculos y que, por añadidura, en estas disputas siempre se encuentra presente el elemento afectivo (Núñez, 2009). En este sentido, la participación del adulto mayor en procedimientos más cercanos, en que sea escuchado y, por sobre todo, en que se trate de salvaguardar o reestablecer las relaciones personales de aquellos que intervienen en el proceso, es algo altamente ventajoso no solo para el respeto y la efectividad de su derecho a acceder a la justicia, sino también para la satisfacción de las pretensiones que hayan hecho valer (Ribotta, Santillán-Pizarro, Paredes y Peláez, 2014).

Pero más allá de lo anterior, en términos generales se ha destacado que los mecanismos alternativos constituyen una vía expedita (pues si el acuerdo se alcanza rápidamente, basta, por ejemplo, con la asistencia a una o más sesiones de negociación o mediación), desformalizada (ya que las partes tienen plena libertad para fijar los plazos y el procedimiento, o bien, las formalidades son mínimas) y económica para obtener acuerdos satisfactorios, amistosos y pacíficos (Iglesias y Calderón, 2011; Barona, 2014). Además, en el caso de la mediación familiar se ha destacado que ella también es beneficiosa porque se desarrolla *"sin ningún tipo de contaminación, que en ocasiones se generan por la intervención de letrados, que en su exceso de celo, por satisfacer a sus clientes, pueden perjudicar el dialogo y empeorar el conflicto"* (Cobas, 2014).

Respecto de otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, es claro que en este aspecto la mediación corre con ventaja, particularmente en el caso de los conflictos familiares, pues el Sistema Nacional de Mediación que se ha establecido como necesario complemento a la Justicia de Familia, dispone que el servicio de mediación, siempre es gratuito para los adultos mayores. Con todo, no existen casos de mediación previa y obligatoria como en las causas relativas a niñas, niños o adolescentes respecto de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular. Se puede apreciar una diferencia de trato entre hombres y mujeres en relación con el beneficio de la mediación gratuita, puesto que, las mujeres serán beneficiarias a los 60 años y los hombres solo a partir de los 65 años[10]. Aunque la CIPDHPM no efectúa

distinción entre hombres y mujeres considerando genéricamente a las personas mayores de 60 años como integrantes de este grupo.

En términos generales y abstractos, los mecanismos alternativos constituyen una vía complementaria altamente atractiva para mejorar la resolución de conflictos y el aseguramiento de la paz social. De hecho, su utilización permite la participación directa de los involucrados en el problema y la configuración conjunta de la solución, lo que genera el desarrollo de un sentimiento de satisfacción y aumenta las probabilidades de cumplimiento de los acuerdos alcanzados. Al ser partes directas del problema y gestores de su solución, las personas estarán más propensas a realizar cabalmente lo que hayan acordado. Ahora bien, las bondades que pueden predicarse de estos mecanismos no privan de la necesidad de llevar a cabo las adecuaciones pertinentes en caso de que ellos sean empleados por personas mayores. En efecto, consideramos que el acceso a la justicia por los adultos mayores no debe entenderse satisfecho por el solo hecho de poner a su disposición tribunales de justicia o sistemas alternativos que estén prestos a recibir sus demandas o solicitudes, sino que es imprescindible el desarrollo de instrumentos específicos para la protección de sus derechos. Vale decir, se debe contar con mecanismos alternativos especialmente adaptados para atender las peticiones de este grupo etario.

Si bien la CIPDHPM está en la línea de lo que se había dispuesto con anterioridad por la legislación de varios países de la región[11], no debe perderse de vista que la plasmación normativa de los derechos y garantías debe ir acompañada del desarrollo de políticas públicas y la consecuente inversión de recursos para crear las condiciones que permitan la vigencia efectiva de los mismos (Mora, 2009-2010). En esta perspectiva, es imprescindible, en primer lugar, establecer una orgánica y un personal capacitado con las competencias suficientes para atender los requerimientos de las personas mayores, luego de lo cual será necesario realizar acciones que permitan el conocimiento masivo de los derechos de este grupo, de las acciones que pueden llevar a cabo para su defensa y de los instrumentos estatales que se han dispuesto al efecto, particularmente mediante la promoción de aquellos mecanismos alternativos que se ha hayan diseñado para responder de mejor forma a sus necesidades.

En suma, para el pleno ejercicio y eficacia del derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva de las personas mayores, deben respetarse,

además de las garantías generales previstas por la Constitución y las leyes, los principios generales previstos expresamente por el texto del artículo 3 de la CIPDHPM.

La mediación actualmente en Chile

Contexto general

En Chile la incorporación de la mediación se ha efectuado de manera inorgánica en diferentes disciplinas, careciendo de un marco general. De este modo considerando los diversos hitos respecto de las iniciativas en torno a la mediación se puede indicar: Lo primero corresponde al área del trabajo en la cual en 2001 se generó la Orden del Servicio Nº 1 del 30 de enero del año 2002 establece y regula la mediación a petición de parte y la de oficio. Tanto preventiva como reactiva frente a conflictos laborales de naturaleza colectiva. Por su parte, la reciente reforma laboral, operada por la Ley Nº 20.940, ha potenciado la mediación como mecanismo de solución alternativa de conflictos colectivos, tanto los que se generan a propósito de la negociación colectiva como los que ocurren fuera de ella. Al efecto, es central el rol del Departamento de Relaciones Laborales de la Dirección del Trabajo.

Respecto del Derecho de Familia en 2004 se incorporó la mediación familiar (Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia), luego se integró la mediación en materias de daños por salud por medio de la implementación de Unidades de Mediación del Consejo de Defensa del Estado (Ley 19.966, sobre Régimen de Garantías en Salud). En materia laboral también hay supuestos de mediación forzosa (buenos oficios en la negociación colectiva) y obligatoria (mediación en supuestos de vulneración de derechos fundamentales laborales, previo a denuncia judicial). Finalmente, han existido programas pilotos en materia de mediación comunitaria o vecinal en 2007 y 2008.

Mediación previa y obligatoria en Chile

Como ya se ha adelantado en Chile solo existen 2 casos de mediación previa y obligatoria. Respecto de la mediación en materia de daños de salud su campo de acción es bastante específico, solo se refiere a acciones jurisdiccionales contra prestadores institucionales públicos o prestadores privados de salud que dicen relación con la reparación de daños ocasionados en el

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a7

cumplimento de sus funciones. El contenido de la mediación es muy acotado es por eso que revisaremos con mayor detención qué casos comprende la mediación familiar.

En Chile se optó en primer lugar, con la Ley de Tribunales de Familia por la incorporación de la mediación como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Y por lo mismo la mediación se integró como una instancia de carácter voluntario, que se acudía por medio de tribunales. Las actas de la discusión parlamentaria de la Ley 19.968 dan cuenta de un amplio consenso respecto a las ventajas de implementar la mediación en sede familiar. Los temas de discusión se centraron principalmente en aspectos técnicos, como la conveniencia o inconveniencia de extender la mediación a los casos de violencia intrafamiliar y –en relación al tema que nos ocupa- si este proceso debía tener el carácter de obligatorio o facultativo. En relación a este último punto, cabe señalar que el proyecto enviado por el Ejecutivo consagraba como materias de mediación obligatoria los casos de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular, lo que fue modificado en la discusión en el Senado. En efecto, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara Alta rechazó la idea de una mediación obligatoria, porque se consideró que ello implicaría una demora en el procedimiento, tal como se observa de la siguiente cita:

> Las personas que acudieran al tribunal, estarían condicionadas y además habría demora en la tramitación de la acción, representando por consiguiente la mediación obligatoria la posibilidad de trabas a la interposición de acciones o bien haría más engorrosa la tramitación en sí, especialmente tratándose de alimentos[12].

Ello generó, entre otros aspectos, un colapso en el sistema, puesto que, los tribunales de familia comenzaban recién en su implementación. Una de las razones esgrimidas para explicar el colapso de esta nueva judicatura fue el carácter voluntario de la mediación familiar y en consecuencia el bajo impacto en la descongestión de los tribunales, tal como señala el Mensaje Presidencial con que se envía el proyecto de reforma a la ley de tribunales de familia, a saber:

> El no establecimiento de la mediación como obligatoria en determinadas materias junto a otros desaciertos tales como la comparecencia sin asistencia judicial y la carencia de filtros en la admisión de demandas

> sumados a las altas expectativas que la población tenía en el nuevo sistema produjeron a poco andar una altísima congestión en los tribunales de familia, a un punto tal que las virtudes y avances que el nuevo sistema establece se han visto, en sus primeros meses de funcionamiento, en gran parte opacadas[13].

Como consecuencia de ello, se modificó el procedimiento de mediación con la Ley N° 20.268 de 2008 y por lo tanto antes de iniciar un proceso judicial es menester la mediación previa y obligatoria para las causas de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular.

Artículo 106 Ley 19968.- Mediación previa, voluntaria y prohibida. Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento.

Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará a los casos del artículo 54 de la ley N° 19.947.

Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este requisito, si acreditaren que antes del inicio de la causa, sometieron el mismo conflicto a mediación ante mediadores inscritos en el registro a que se refiere el artículo 112 o si hubieren alcanzado un acuerdo privado sobre estas materias.

Las restantes materias de competencia de los juzgados de familia, exceptuadas las señaladas en el inciso siguiente, podrán ser sometidas a mediación si así lo acuerdan o lo aceptan las partes.

No se someterán a mediación los asuntos relativos al estado civil de las personas, salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes, y los procedimientos regulados en la ley N° 19.620, sobre adopción.

En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la ley N°20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a7

establecidos en los artículos 96 y 97 de esta ley.

Nuevos desafíos: Mediación previa y obligatoria para adultos mayores

El acceso a la justicia es indudablemente un derecho humano y dentro de dicho contexto el concepto de acceso a la justicia es lo suficientemente amplio para albergar a los mecanismos alternativos de resolución de controversias.

En este sentido, los mecanismos que sean empleados por los adultos mayores solo serán adecuados para proteger sus derechos cuando estén en sintonía con el respeto de la dignidad, independencia, protagonismo su autonomía.

En efecto, los mecanismos deben entenderse como herramientas que van en beneficio de este colectivo, fortaleciendo su autosuficiencia y su capacidad de decisión, de modo que puedan manifestar su voluntad y llegar a acuerdos sin ser objeto de presiones, amenazas o maltratos de ningún tipo.

Por consiguiente en un Chile cada vez más envejecido parece una alternativa muy adecuada buscar determinadas materias en las cuales la condición de adulto mayor pueda fundar la necesidad de una mediación previa y obligatoria, como por ejemplo en materia de alimentos.

Conclusiones

1. Los mecanismos alternativos deben cautelar la igualdad y no discriminación de la persona mayor, sea por razones de edad, sexo, etnia, credo, religión o cualquier otra circunstancia. Además, dichos mecanismos deben emplearse como instrumentos de promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor. Para ello, primeramente estas personas deben ser debidamente informadas de sus derechos por los organismos e instituciones del Estado, como asimismo de las leyes que los garantizan y de las vías disponibles para hacerlos efectivos.

2. Los organismos, instituciones y personas designados para intervenir deben otorgar buen trato y atención preferencial a las personas mayores, para lo cual deberán llevarse a cabo las capacitaciones, adecuaciones estructurales e inversiones que permitan facilitar el acceso y la atención de este colectivo.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a7

3. Se entienda que los mecanismos alternativos constituyen una forma de garantizar la protección judicial efectiva de las personas mayores, quienes requieren una asistencia especializada, un trato digno, un procedimiento que garantice su participación y comprensión y, en lo posible, gratuito.

4. En este contexto parece muy adecuado utilizar la mediación previa y obligatoria, (implementada especialmente, en materia de Derecho de Familia y en un ámbito específico en salud) para buscar soluciones más colaborativas para un grupo etario que está invisibilizado por nuestra sociedad.

Referencias

Acosta, P. (2007). El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana. *Temas de Derecho Público,* (77).

Aguilar, G. (2010). Hacia un mayor acceso a la justicia en el proceso penal. Comentario a la sentencia del tribunal constitucional de Chile sobre la inaplicabilidad de los artículos 230, 237, 240 del Código Procesal Penal. *Estudios Constitucionales, 2,* 709-744.

Aguirrézabal, M. (2013). Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceso de familia. *Revista Chilena de Derecho Privado, (20),* 295-308.

Araújo-Oñate, R. (2011). Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado. *Revista Estudios Socio-Jurídicos, 13,* 247-291.

Arellano, P. (2010). Reflexiones sobre las evoluciones recientes en materia de protección de riesgos sociales a nivel internacional. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, (17)*2*,* 167-183.

Arenas, A. (2004). El Sistema de Pensiones en Chile en el Contexto Mundial y de América Latina: Evaluación y Desafíos. *Ponencias del Seminario Internacional Santiago, 22 y 23 de abril de 2004*.

Barona, S. (2014). Integración de la Mediación en el moderno concepto de Acces to Justice. *InDret,* (4).

Barona, S. (2011). Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, *18*(1), 185-211.

Barrera, E, Malagón, J, y Sarasola J. (2007). Mediación Intergeneracional y Personas Mayores. *Portularia: revista de trabajo social, 8*(1-2), 75-83

Butts, T, Munduate, L, Barón, M y Medina, F. (2009). Intervenciones de mediación. En *Gestión del conflicto, negociación y mediación*. Madrid: Pirámide.

Cifuentes, H, Arellano, P y Walker, F. (2013). *Seguridad Social. Parte General y Pensiones*. Santiago de Chile: Librotecnia.

Cobas, M. (2014). Mediación Familiar. Algunas reflexiones sobre el tema. *Revista Boliviana de Derecho*, (17),32-51.

Dabove, M y Di Tullio, R. (2015). Prestaciones alimentarias en la vejez multigeneracional. *Revista Chilena de Derecho, 42*(1), 7-33.

Esplugues, C. (2013). El régimen Jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la ley 5/2012, de 6 de julio. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 46*(136), 165-199.

Figueroa, G. (2008). Algunas consideraciones sobre la muerte y la vejez ante el Derecho Civil" en Guzmán Brito, Alejandro (coord.) Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2007, Santiago, Editorial Legal Publishing.

Gumucio, J. (2009). Descripción del Sistema chileno de seguridad social desde la perspectiva del convenio núm. 102, de 1952, de OIT. *Revista Latinoamericana de Derecho social, (8)*, 131-170.

Gumucio, J. (2006). Mirada al sistema de pensiones de administración privada chileno al acercarse un cuarto de siglo de aplicación. *Revista Latinoamericana de Derecho social, (2),* 175-199.

Iglesias, J y Calderón, M. (2011). Acceso a la Justicia y Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Cuatro tópicos, tres problemas y una doble precisión (Unión Europea y España), en Arangüena, Coral (coord.), *Cooperación civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*. Granada: Comares.

López, J. (1996). *Seguridad social y protección social: Temas de Actualidad*. Madrid: Marcial Pons.

Mora, T. (2013). Convención Internacional de Derechos de las personas de edad. *Hemiciclo: Revista de Estudios Parlamentarios*, *5*(8), 109-124.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a7

Mora, M. (2009-2010). ¿Existe protección real a los derechos humanos del adulto mayor? El discurso legal. *Revista Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica,* (126-127), 123-134.

Munuera, M y Armadans, I. (2012). Mediación familiar como medida de resolución de conflictos en la atención de los mayores en situación de dependencia, en Tiempo de mediación liderazgo y acción para el cambio, VIII Conferencia Internacional Foro Mundial de Mediación. Recuperado de http://unaf.org/wp-content/uploads/2013/01/10_12_ponencias_foro-mundial_mediacion_Valencia_3.pdf

Nogueira, H. (2012). *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*. Santiago de Chile: Librotecnia.

Núñez. R. (2009). *Negociación, mediación y conciliación. Cómo métodos alternativos de solución de controversias*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.

Orozco, W. (2002). Argumentos a favor de los medios alternos de solución de conflictos. *Revista CONAMED, 7*(2), 48-49.

Orrego, J.(2007). *Los alimentos en el derecho chileno*. Santiago de Chile: Metropolitana.

Palavecino, A. (2011). Calidad de la mediación familiar licitada: superando el modelo express. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Polític*a, *2*(2), 135-154.

Palomo, R. y Quezada, M. (2012). Planteamiento General y protección frente al desempleo en particular. I Parte. *Revista Laboral Chilena*. (2012), 69.74.

Palomo, R, Quezada, M. (2012). El sistema de pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, IV parte final. *Revista Laboral Chilena*. (2012), 56-62.

Paredes, A. (2012). La mediación familiar obligatoria: una crítica a la regulación y funcionamiento en Chile. *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, *3*(2), 189-224.

Ribotta, B, Santillán-Pizarro, M, Paredes, M y Peláez, E. (2014). Adultos mayores y monitoreo de derechos. Alcances y limitaciones de las fuentes de información en Argentina y Uruguay. *Población y Salud en Mesoamérica*, *11*(2).

Riveros, C, (2017) El maltrato estructural a las personas mayores en Chile. Caracterización desde el Derecho Civil en Estudios de Derecho Civil XII, Estudios de Derecho Civil XII. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Riveros, C, Rodríguez, P, Palomo, P, Alvear, S, Fernández, M y Arenas, A. (2017). El maltrato estructural a personas mayores en Chile y la necesidad del índice. *UNIVERSUM*, *32*(2), 163-176.

Ruezga, A. (2006). La seguridad social y sus antecedentes. *Revista Latinoamericana de Derecho social*, *(2),* 283-340.

Ruiz, A. et al. (2001). *Violencia doméstica: prevalencia de sospecha de maltrato a ancianos en Atención Primaria.* Recuperado de http://www.elsevier.es/es-revista-atencion-primaria-27-articulo-violencia-domestica-prevalencia-sospecha-maltrato-11000071

Tabueña, C. (2006). Los malos tratos y vejez: un enfoque psicosocial en Intervención Psicosocial, *15*(3), 275-292.

Taruffo, M. (1996). La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?", en P. Ibáñez (Ed). *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta.

Vodanovic, A. (2005). *Derecho de alimentos*. Santiago de Chile: Lexis Nexis.

Jurisprudencia

Chile. Sede Familia: Tribunal de Familia de Santa Cruz, causa Rol C-407-2014 (28.01.2015) V

Notas

[1] Los datos recopilados por la Organización de Naciones Unidas permiten afirmar que el envejecimiento constituye un fenómeno que está o estará presente en todas las regiones principales del mundo. De hecho, en números globales, *"la proporción de personas mayores (de 60 años o edad superior) aumentó del 9 % en 1994 al 12 % en 2014, y se espera que alcance el 21 % en 2050"*. Ver: Naciones Unidas, Departamento de asuntos económicos y sociales. (2014). *La situación demográfica en el mundo, 2014: Informe conciso*.

[2] Comisión de expertos para mejorar el sistema de pensiones (conocida como Comisión Bravo) p.44.

[3] Informe OCDE: En 2065 habrá más personas jubiladas que en edad para trabajar.

[4] Valor de referencia del dólar al día 27 de enero de 2017. Recuperado de http://www.valor-dolar.cl/

[5] A modo ejemplar: Art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Art 6 y 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos.

[6] Podemos considerar, tal como lo destaca Mora, que esta norma internacional es expresión de lo que se ha venido en llamar el proceso de *especificación* de los derechos dirigidos a ciertos colectivos que requieren de una especial atención y cuidado a raíz de la situación de marginación o inferioridad en la que se encuentran, sea por razones económicas, educacionales, culturales, etarias, etc. (Mora, 2013)

[7] Lo subrayado es nuestro.

[8] Recuperado en www.spensiones.cl

[9] Ver artículo 106 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. En esta materia, se ha indicado que entre la mediación y los procesos judiciales

se genera una relación de complementariedad, razón por la que se crean esferas de interacción entre estas técnicas y el instrumento con que se ha dotado a los jueces para cumplir su tarea. (Iglesias y Calderón, 2011, p. 10).

[10] Según los datos disponibles en http://www.mediacionchile.cl/sitioumed/costos-de-la-mediacion/

[11] Sobre la protección al adulto mayor, podemos encontrar, entre otros cuerpos normativos: Decreto N° 707 Ley de atención integral para la persona adulta mayor (El Salvador); Ley de los derechos de las personas adultas mayores (México); Ley N° 720 Ley del adulto mayor (Nicaragua); Ley N° 369 Ley general de las personas adultas mayores (Bolivia); Ley integral para la persona adulta mayor N° 7935 (Costa Rica).

[12] Según la historia de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia. 30 de agosto de 2004. Biblioteca del Congreso Nacional. recuperado en: http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19968/HL19968.pdf.

[13] Según el mensaje Presidencial de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia. 30 de agosto de 2004. Biblioteca del Congreso Nacional. recuperado en: http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19968/HL19968.pdf.

Doctrina

Marcela Schenck✎

Incorporación de la diversidad genérico-sexual en salud: claves teóricas para un modelo analítico*

Generic-sexual Diversity Incorporation in Health Care: Theoretical Keys for an Analytical Model

Incorporação da diversidade genérica-sexual em saúde: chaves teóricas para um modelo analítico

Resumen: *En este trabajo se analizan los desafíos que presenta la incorporación del enfoque de diversidad sexual y de género en una política sectorial, la política sanitaria, desde una perspectiva que implica transversalizar dicho enfoque en las principales dimensiones asociadas a los conceptos centrales con los que se construye universalidad e integralidad en esta arena de política. Para ello, el artículo comprende cuatro secciones. En la primera se ofrece una introducción general sobre el tema. En la segunda sección se abordan cambios y reconfiguraciones sustantivas que implicaron un cuestionamiento de las bases de legitimidad de las políticas universalistas del bienestar, al problematizar asuntos que, hasta entrado el siglo XX, eran invisibilizados por la política pública. En la tercera, se profundiza sobre la inclusión de la perspectiva de la diversidad genérico-sexual en salud. Allí se realiza una revisión crítica de la literatura sobre sistemas de salud y políticas sanitarias, así como se profundiza sobre la literatura que se enfoca en introducir la perspectiva de la diversidad sexual en el análisis de los sistemas de salud y de las políticas sanitarias, para posteriormente abordar el enfoque del mainstream de género, explorando su potencialidad analítica para el estudio de la incorporación de la perspectiva de diversidad genérico-sexual en el ámbito de la política sanitaria y de los sistemas de salud. El artículo concluye con una sección en la que se ofrece un modelo teórico propio de transversalización de la pers-*

✎ Licenciada y magíster en Ciencia Política (FCS, UdelaR), con Diploma de Posgrado en Género y Políticas Públicas (FCS, Udelar). Es Doctoranda del Programa de Doctorado Interuniversitario en Estudios de Género: Culturas, Sociedades y Políticas (Universidades de Barcelona, Autónoma de Barcelona, Girona, Rovira i Virgili y Vic-Central de Catalunya). Es docente e investigadora en la Universidad de la República, en las facultades de Derecho, Medicina y Ciencias Sociales.
Orcid ID: https://orcid.org/0000-0002-8526-3736
✉ *marcela.schenck@gmail.com*

*Este trabajo forma parte del desarrollo de la tesis de Maestría de la autora y ha sido realizado en el marco del Programa de Doctorado Interuniversitario en Estudios de Género: Culturas, Sociedades y Políticas.

pectiva de diversidad genérico-sexual en conceptos clave de la política sanitaria.

Palabras clave: *Política sanitaria, Diversidad genérico-sexual, Primer nivel de atención, Universalidad, Mainstream de género.*

Abstract: *This paper analyzes the challenges presented by the incorporation of the sexual and gender diversity approach in health policy, from a perspective that implies mainstreaming this approach in the core dimensions associated with the concepts with which universality and comprehensiveness is built in that policy. The paper includes four sections: in the first one, an introduction is made. The second one offers a description about changes and substantive reconfigurations that implied questioning the legitimacy of the universalist policies. The third section deepens on the inclusion of the perspective of gender and sexual diversity in health policy, for which a critical review of the literature on health systems and health policies is carried out, as well as an in-depth study of the literature that focuses on introduction of the perspective of sexual diversity in the analysis of health systems and health policies. Subsequently the gender mainstream approach is addressed, exploring its analytical potential for the study of the incorporation of the gender-sexual diversity perspective in the scope of health policy and health systems. The paper concludes with a section in which a theoretical model of how to mainstream the gender-sexual diversity perspective in key concepts of health policy is offered.*

Keywords: *Health policy, Sexual and gender diversity, Basic health care, Universality, gender mainstreaming.*

Resumo: *Este artigo analisa os desafios apresentados pela incorporação da abordagem da diversidade sexual e de gênero em uma política setorial, política de saúde, de uma perspectiva que implica integrar essa abordagem nas principais dimensões associadas aos conceitos centrais com os quais ela é construída universalidade e abrangência na referida política. Para isso, o artigo inclui quatro seções: no primeiro, é oferecida uma introdução geral sobre o assunto. O segundo aprofunda em mudanças e reconfigurações substantivas que implicam um questionamento das bases da legitimidade das políticas universalistas de bem-estar (problematizando questões que, até o século 20, tornaram-se invisíveis pelas políticas públicas). Na terceira seção, aprofundamos a inclusão da perspectiva da diversidade sexual na saúde. Lá, é realizada uma revisão crítica da literatura sobre sistemas de saúde e políticas de saúde, bem como um estudo aprofundado da literatura que se concentra na introdução da perspectiva da diversidade sexual na análise de sistemas de saúde e políticas de saúde. mais tarde, abordar a abordagem geral de gênero, explorando seu potencial analítico para o estudo da incorporação da perspectiva de diversidade gênero-sexual no campo da política de saúde e dos sistemas de saúde. O artigo conclui com uma seção em que é oferecido um modelo teórico de integração da perspectiva de diversidade de gênero e sexual em conceitos-chave de política de saúde.*

Palavras-chave: *Política de saúde, Diversidade sexual e de gênero, Cuidados de saúde básicos, Universalidade, gender mainstreaming.*

Agradecimientos: *a Niki Johnson y Gabriel Barrero por sus valiosos comentarios sobre una versión previa de este artículo.*

Recibido: 20180529
Aceptado: 20180623

Introducción

En términos generales, tanto la incorporación del enfoque de género como el de diversidad genérico-sexual han permitido forjar un marco de análisis que brinda herramientas para desentrañar relaciones de poder que naturalizan asimetrías. El primer enfoque estudia, principalmente, cómo las diferencias entre mujeres y varones, al pasar por el tamiz de nuestra cultura y de nuestro tiempo, se manifiestan como desigualdades en el acceso a oportunidades y derechos que privilegian a lo masculino por sobre lo femenino (Scott, 1996; Saltzman, 1992). El segundo, complejizando aún más esta mirada, al introducir nuevas aristas de desigualdad.

Así, el enfoque analítico que incorpora la diversidad genérico-sexual ha permitido visibilizar las inequidades que se producen respecto a las identidades y expresiones de género que no se comportan de acuerdo con la heteronormatividad (Warner, 1991), que ve a la heterosexualidad y a la forma estereotípica de comportarse de acuerdo a los modelos hegemónicos de expresión del género como las únicas formas viables, "válidas", de sexualidad. Se ha señalado que el heterocentrismo (Rich, 1980) tiene un papel muy importante en los procesos de salud-enfermedad de las personas que se identifican como gays[1], lesbianas[2], bisexuales[3] y trans[4], ya que la discriminación que estas personas pueden haber experimentado en el sistema de salud se erige como una barrera que les impide acceder a los servicios sanitarios y contribuye al agravamiento de problemas de salud, dado que las y los usuarios recurren al sistema como "último recurso" una vez que un problema está instalado (Rocha, 2009). En el caso de las personas intersex[5], si bien es el menos abordado y está comenzando a visibilizarse muy recientemente[6], se ha señalado que existe un vínculo problemático con el sistema de salud dado que se ha denunciado que se le practican a estas personas cirugías "cosméticas" para adecuar su cuerpo al estándar dominante de lo que se considera un cuerpo masculino o femenino: estos procedimientos, coaccionados e irreversibles, constituyen "una práctica estándar en los países de América" (CIDH, 2015, 14). Asimismo, se ha denunciado que las personas intersex pueden experi-

mentar sometimiento excesivo a exámenes médicos, fotografías y exposición de genitales, negación de servicios, entre otras violaciones de derechos[7].

De esta forma, las y los usuarios LGTBI[8] (sigla que surge del reconocimiento de las experiencias comunes de discriminación y exclusión que –a pesar de su gran heterogeneidad en términos de otros factores como pertenencia a una etnia o raza, nivel socioeconómico, edad, etc.– experimenta esta población) pueden enfrentar problemas particulares en el sistema sanitario que repercuten negativamente sobre su bienestar y calidad de vida. Por ello, se ha señalado la importancia de incorporar la perspectiva de diversidad sexual desde el primer nivel de atención (Bertone, et al., 2012; Sempol, et al., 2016), para que las instituciones sanitarias sean verdaderamente receptivas y no un ámbito que al reproducir la violencia, genere mecanismos de expulsión y re vulnerabilización.

El incorporar una perspectiva de diversidad en el abordaje sanitario está en consonancia con las consideraciones internacionales sobre la noción de integralidad en salud desde una perspectiva de derechos, que ha incorporado específicamente a la salud sexual y reproductiva y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (Observación General Nº 14 y Nº 20 del Comité Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de Naciones Unidas). En este marco, es ineludible la referencia a los "Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género"[9], un instrumento que establece pautas para que las Naciones Unidas y los gobiernos avancen hacia garantizar el alcance universal de las protecciones a los derechos humanos. Allí se establece el derecho al disfrute de la salud (Principio 17) y a la protección contra abusos médicos (Principio 18)[10]. También de modo reciente en la región, en 2013 la Organización Panamericana de la Salud (OPS) definió abordar las causas de las disparidades en cuanto al acceso potencial y la utilización de los servicios de salud por parte de personas lesbianas, homosexuales, bisexuales y trans (documento CD52/18), señalando que el acceso universal requiere abordar los obstáculos políticos, socioculturales e históricos a la atención en salud de quienes integran grupos poblacionales estigmatizados. En ese sentido se insta a los Estados miembro de OPS a:

> (...) otorgar prioridad a promover el acceso igualitario a los servicios de salud en las políticas, los planes y la legislación, y considerar la posi-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a12

> bilidad de elaborar y fortalecer políticas integrales universales de protección social, incluida la promoción de la salud, la prevención de las enfermedades y la atención de salud, y de promover la disponibilidad de los bienes y servicios esenciales para la salud y el bienestar y el acceso a ellos, teniendo en cuenta el estigma, la discriminación y la persecución que experimentan los integrantes de la comunidad LGBT. (OPS, 2013, 77)

Bajo este contexto, en el presente artículo se analizan los desafíos que presenta la incorporación del enfoque de diversidad sexual y de género en la política sanitaria, desde una perspectiva que implica transversalizar dicho enfoque en las principales dimensiones asociadas a los conceptos centrales con los que se construye universalidad e integralidad en dicha política.

Para cumplir con ello, en la próxima sección, se ofrece una introducción sobre cambios y reconfiguraciones sustantivas que se dieron en el plano en el que se inscribe este trabajo, que implican un cuestionamiento de las bases de legitimidad de las políticas universalistas del bienestar al traer a la "luz del ágora" asuntos que, hasta entrado el siglo XX, eran invisibilizados por la política pública. Esta sección se subdivide en tres apartados: la dimensión pública de lo privado, la universalidad excluyente y la resignificación de discursos estigmatizantes.

En la tercera sección se profundiza sobre la inclusión de la perspectiva de la diversidad genérico-sexual en salud. Esta sección presenta tres apartados: en el primero, se realiza una revisión crítica de la literatura sobre sistemas de salud y políticas sanitarias, particularmente de aquella que se ampara desde un marco discursivo garantista de derechos. En el segundo se profundiza sobre la literatura que se enfoca en introducir la perspectiva de la diversidad sexual en el análisis de los sistemas de salud y de las políticas sanitarias, retomando parte del análisis crítico de dicha literatura sobre los conceptos reseñados en el apartado anterior. A continuación, se aborda el enfoque del *mainstream de género* en el apartado tres, explorando su potencialidad analítica para el estudio de la incorporación de la perspectiva de diversidad sexual en el ámbito de la política sanitaria y de los sistemas de salud.

El artículo finaliza con una sección en la que se ofrece un modelo teórico propio de transversalización de la perspectiva de diversidad genérico-sexual en conceptos clave de la política sanitaria.

Sobre la dimensión pública de lo privado, la universalidad excluyente y la resignificación de discursos estigmatizantes: algunas claves teóricas

a. La dimensión pública de lo privado

Más allá de sus diferentes tipos y adaptaciones, en términos teóricos, la política pública puede definirse como aquel conjunto de acciones (o inacciones) gubernamentales que se vinculan con problemas públicos (Kraft y Furlong, 2006). Siguiendo a Aguilar Villanueva (1993, 10), puede indicarse que estas acciones no son "(...) la gran decisión instantánea en la cúspide del Estado, sino un proceso, una serie compleja de decisiones, en la que se entremezclan las iniciativas de las organizaciones sociales y las de las instancias gubernamentales".

Estas definiciones hacen foco en dos dimensiones clave de las políticas públicas: primero, su carácter público; y, segundo, los modos de incidencia en la fijación de agenda.

Respecto a lo primero, debe indicarse que hasta entrado el siglo XX, los temas vinculados a la diversidad sexual tuvieron la particularidad de ser definidos como íntimos, personales y privados (Fish, 2007). Ello los conceptualizaba como asuntos que escapaban a la luminosidad de la esfera pública y que por tanto se configuraban como "apolíticos", al igual que ocurrió con los temas que problematizaría (y politizaría) la perspectiva de género.

Sin embargo, en el último cuarto del siglo XX, cobraron visibilidad las luchas a favor del reconocimiento de la diferencia en occidente (Honneth, 2007). Éstas situaron el eje de la acción colectiva en torno a reclamos identitarios, dotando de sentido político a temas hasta entonces invisibilizados en la arena pública:

> Durante las décadas de 1970 y 1980, las luchas a favor del 'reconocimiento de la diferencia' parecían estar cargadas con la promesa de la emancipación. Muchas de las personas que se agruparon en torno a las

> banderas de la sexualidad, el género, la etnicidad y la 'raza' no sólo aspiraban a afirmar identidades hasta el momento negadas, sino a incorporar, además, una dimensión lateral más rica a las batallas en torno a la redistribución de la riqueza y del poder. Con el cambio de siglo, las cuestiones relativas al reconocimiento y la identidad se han hecho aún más centrales (...) (Fraser, 2000, 55).

Es importante indicar que, desde un marco postestructuralista (Foucault, 1995), esta "identidad" no era esencializada sino que se la consideraba como un constructo que cristaliza una determinada configuración de poder en una sociedad.

La emergencia de esta arena de conflicto se vincula directamente con el segundo punto antes mencionado respecto a la fijación de agenda, y al cambio de paradigma concerniente a qué es considerado un asunto de interés público. En términos generales, la noción de agenda refiere a un conjunto de asuntos que en un determinado momento están presentes en la discusión pública, política o gubernamental (Elder y Cobb, 1993; Kingdon, 1995). Por su parte, la formación de agenda refiere al proceso de toma de decisiones mediante el que los actores sociales definen cuáles son los problemas a priorizar y cómo captan la atención de los actores políticos, pudiendo originar una política pública para darles solución (ídem). Definir un problema es, según Elder y Cobb,

> (...) seleccionar y destacar ciertas realidades y hacer valoraciones sobre ellas (...) los hechos que se consideran relevantes dependen necesariamente del marco de referencia y de las teorías implícitas de las personas que evalúan la situación (...) (1993, 91).

Si bien analizar las estrategias para insertar temas en la agenda no es el objetivo de este trabajo, se busca ilustrar aquí que el nuevo marco interpretativo que introducían estos actores problematizaba ámbitos que eran considerados ajenos a la política pública ("lo personal es político", en términos de la consigna histórica del movimiento feminista). Asimismo, ponía énfasis en un déficit democrático en el abordaje tradicional sobre la ciudadanía (Plummer, 1995; Weeks, 1998), ya que denunciaba que ese "estatus de igualdad" que constituía la base de legitimidad de las políticas universales de bienestar (Marshall, 1998) había sido una construcción excluyente.

b. La universalidad excluyente

Definiciones como la de "ciudadanía íntima" (Plummer, 1995) o "ciudadanía sexual" (Weeks, 1998) han intentado caracterizar estos cambios, incluyendo una nueva esfera a las teorizadas clásicamente por Marshall (civil, política y social). Esta nueva esfera liga elementos asociados a la intimidad, a la concepción de ciudadanía, señalando que en torno a la sexualidad emerge un nuevo eje de inclusión y exclusión. Siguiendo a Butler (2001), puede indicarse que las propias categorías identitarias son performativas, produciendo identidad a través de un efecto dual de restricción y producción de subjetividades. En este efecto dual, las normas sociales dan vida a los sujetos pero los oprimen al mismo tiempo: como afirman Coll-Planas y Missé, "la necesidad de pertenecer a la sociedad implica tratar de reconocerse y de ser reconocido en sus categorías", donde la misma noción de lo humano "está presa por categorías como el género" y es impensable una persona sin un género identificable (Coll-Planas y Missé, 2015, 38).

De esta forma, se ha resaltado que la construcción tradicional de la ciudadanía y de las políticas públicas entrañaba supuestos heteronormativos, donde todo lo que no era asociado a la heterosexualidad era inmediatamente considerado una desviación y por tanto rechazado, silenciado o estigmatizado. Ello es particularmente problemático si se vincula con las construcciones asociadas a las políticas del bienestar, que tienen en el carácter universal a uno de sus pilares conceptuales. Como señala Fish,

> Los conceptos de privacidad y heteronormatividad (...) sirvieron para excluir a las personas LGB del bienestar. Además, los discursos sociales y políticos suponían que las personas LGB no experimentaban discriminación. Debido a este contexto, muchas personas LGB han sido renuentes a revelar su orientación sexual a los profesionales y son usuarios invisibles de los servicios de salud y servicios sociales[11] (...) (Fish, 2007, 224).

Así, el incorporar la perspectiva de diversidad sexual en el análisis de las políticas públicas dejaba al descubierto una dimensión hasta entonces ignorada, poniendo el foco en nuevas formas de vulnerabilidad no solo desatendidas, sino también reproducidas desde las propias políticas. Desde un discurso que veía a la heterosexualidad como la única forma de vivir la se-

xualidad y que universalizaba formas heteronormativas de identidad de género, la discriminación dejaba de ser un evento aislado o de responsabilidad individual y se institucionalizaba como práctica. Retomando a Fish (2007), puede indicarse que estos supuestos heteronormativos tuvieron consecuencias muy concretas sobre las personas no comprendidas "dentro del universal", limitando su acceso a políticas sanitarias en general y de planificación familiar, de adopción, y a prestaciones sociales asociadas a un ideal de familia en cuya base debe estar una pareja heterosexual, entre otras.

Se trata de una "ideología de la heterosexualidad" (Mulé, et al., 2009), que se manifiesta en la política como un sistema institucionalizado que la normaliza y naturaliza.

> La ideología de la heterosexualidad promueve la no especificidad, o más bien un 'no nombrar' dentro de la política social que parece incluir a todos, pero que, de hecho, excluye las vidas diversas genérica y sexualmente (...) La política pública desarrollada en este clima de homo-negatividad implícitamente normaliza y naturaliza la heterosexualidad, dando lugar a un proceso circular donde continúa la invisibilidad de las necesidades de aquellas personas diversas genérica y sexualmente (...) (Mulé, et al. 2009, s/p[12]).

Como indica Sempol (2013b), es la visibilización de la dimensión política de la sexualidad la que rebate la clásica división entre lo público y lo privado, y al llevarla al espacio público busca:

> (...) combatir las formas sociales de exclusión, manifestar la diferencia, y volver a la sociedad más inclusiva, al mismo tiempo que critica los discursos tradicionales de ciudadanía (hasta este momento centrados en lo civil político, o en lo social económico), intentando incluir no solo los problemas asociados a la clase social y el género, sino al par heterosexualidad y homosexualidad. El reclamo es de inclusión, de aceptación de la diversidad, y busca por ello la protección jurídica y la justicia sexual, mediante la redefinición de la parentalidad, el status, las formas de educación formal y la organización del empleo, el sistema de previsión social, y la propia institución del matrimonio. Aparece así toda una nueva agenda política, y puntos de fricción, que desnudan estas formas de dominación social y de construcción de la desigualdad

hasta ahora naturalizadas e invisibilizadas (Sempol, 2013b, 11).

c. La resignificación de discursos estigmatizantes

Los procesos de estigma social, tempranamente estudiados por Goffman (1963) para caracterizar las reacciones de rechazo frente a lo que se percibe como una amenaza a "la identidad normal", presentan un marco interpretativo particular al ser afrontados desde el discurso que se construye en el plano sanitario.

Así, el abordar la perspectiva de la diversidad específicamente en el marco de la política sanitaria cobra especial relevancia debido a la importancia que históricamente han tenido las instituciones ligadas a la salud en el mantenimiento de la heteronormatividad. El vínculo entre los procesos de medicalización asociados a la modernidad y la patologización de la otredad ha sido extensamente estudiado, siendo una de las claves de los mecanismos de biopoder que caracterizan a la medicina como una institución moral de control social desde la teoría foucaultiana (Foucault, 1995). Como señalan Cáceres, et al. (2013),

> Durante la primera mitad del siglo XIX, la naciente medicina moderna se preocupó por regular mejor el campo de la sexualidad normal, lo que algunos interpretan como una necesidad planteada por la revolución industrial. Esta sexualidad normal fue definida como una práctica heterosexual conyugal enfocada en la reproducción (y definida por la penetración vaginal casi exclusivamente). Otras prácticas heterosexuales, así como las prácticas homosexuales y autoeróticas, fueron etiquetadas como psicopatías sexuales y se plantearon tratamientos para ellas, dado que no eran vistas como prácticas elegidas sino como expresiones de alguna enfermedad mental (...) (Cáceres, et al., 2013, 700).

Si bien durante el siglo XX y el XXI surgieron diferencias importantes dentro de esta visión medicalizada de la sexualidad, la disputa por el sentido y la despatologización se extiende hasta nuestros días. De hecho, la forma de nombrar a las categorías identitarias no heterosexuales tiene un fuerte origen en el discurso médico y médico-psiquiátrico. El propio término "homosexual" designaba hasta 1973 una patología en el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (o DSM, por su sigla en inglés) de la

Asociación Psiquiátrica Estadounidense y hasta 1990 se clasificaba a la homosexualidad como patológica en el Manual de Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) de la Organización Mundial de la Salud. También las identidades de género que no se comportan de acuerdo a lo esperado por el modelo heteronormativo (es decir, que expresan una identidad que difiere del sexo asignado al nacer) han sido y son patologizadas, siendo catalogadas aún hoy como enfermedades mentales en la décima versión de la clasificación CIE y problematizadas como "disforia de género" en la última edición del DSM (DSM V). No obstante, ello está en revisión actualmente: la OMS está realizando consultas con expertos para establecer su despatologización en la próxima edición del CIE en 2018 (OMS, 2016), lo que refleja las tensiones que se expresan a la interna del discurso médico en torno a estos temas, así como la emergencia de nuevos discursos que ya no asocian a la identidad trans con un trastorno mental en sí misma sino que ponen el énfasis en las situaciones de discriminación y exclusión que viven las personas trans como la explicación de los problemas que experimentan.

Sin embargo, se ha indicado que incluso en discursos sanitarios que adhieren a la despatologización de las identidades trans y de las orientaciones no heterosexuales, aún persiste un enfoque que acentúa el déficit, visualizando la salud de la población LGTB predominantemente vinculada a enfermedades puntuales (haciendo énfasis en las de trasmisión sexual en general y al VIH en particular). Como argumentan algunos autores (Colpitts y Gahagan, 2016; Mulé, et al., 2009), ello no solo puede impedir ver a la salud en su integralidad sino que construye a la población LGTB (y particularmente a algunas de sus identidades) como "población de riesgo", acentuando las percepciones negativas sobre la misma.

Además de los ya referidos cambios a la interna del propio discurso médico y médico-psiquiátrico, en este plano debe resaltarse una vez más el rol de los movimientos sociales y organizaciones de la sociedad civil que actúan en el plano de la diversidad. Estos actores han sido claves en la promoción de enfoques alternativos, denunciando la estigmatización latente en las categorías clasificatorias de la alteridad y reapropiándose a su vez de las mismas para generar nuevos sentidos[13]. Ello se inscribe en los procesos más amplios de resignificación de las funciones de los sistemas sanitarios y de los actores que los integran, aunque las conceptualizaciones tradicionales asociadas a la atención y al rol de la medicina como institución predominante y "voz auto-

rizada" en la interpretación de los procesos de salud-enfermedad (Zola, 1981) siguen teniendo amplia vigencia en la actualidad.

De la invisibilidad a la inclusión: explicar el cambio en la política sanitaria

En la sección anterior, de forma muy general, se intentó dar cuenta de cambios y reconfiguraciones sustantivas que se dieron en el plano en el que se inscribe este trabajo. Desde la ciencia política, es muy extensa la literatura que se ha preocupado por entender el cambio en los regímenes de bienestar en general y en distintas políticas sectoriales en particular, ya sea intentando explicar las diferencias en las iniciativas adoptadas en clave comparada entre distintos regímenes institucionales, como los distintos factores que habilitan el cambio internamente en un contexto específico (Hall, 1993; Steinmo y Watts, 1995; Kingdon, 1995, Pierson, 2000, Mahoney, 2000, entre otros). A grandes rasgos, se podría sintetizar que el interés de la literatura del cambio institucional se ha centrado en explicar por qué se produce el cambio y de qué tipo de cambio de trata (por ejemplo, si se trata de procesos de cambio abrupto o gradual), analizando sus resultados a partir de dicha caracterización (Streek y Thelen, 2005; Mohoney y Thelen, 2010).

Sin embargo, en el presente trabajo el foco no se centra en el interés selectivo de las teorías del cambio institucional reseñadas sino que se busca estudiar en profundidad el modelo que persigue esta estrategia en relación a la incorporación de la perspectiva de la diversidad genérico-sexual, abordando sus alcances y limitaciones desde una mirada que integra la complejidad que implica "transversalizar" esta perspectiva en todas las capas de implementación de una política.

Ello lleva, en primer lugar, a una revisión crítica de la literatura sobre sistemas de salud y políticas sanitarias, que retoma particularmente aquella que se ampara desde un marco discursivo garantista de derechos, a la luz de lo señalado en la sección anterior. En segundo lugar, se profundizará sobre la literatura que se enfoca en introducir la perspectiva de la diversidad sexual en el análisis de los sistemas de salud y de las políticas sanitarias, retomando parte del análisis crítico de dicha literatura sobre los conceptos reseñados anteriormente. Por último, se abordará el enfoque del *mainstream de género*, explorando su potencialidad analítica para el estudio de la incorporación de

la perspectiva de diversidad genérico-sexual en el ámbito de la política sanitaria y los sistemas de salud.

a. Revisión crítica de los conceptos clave asociados a la política sanitaria que busca garantizar el derecho a la salud

Como señala la Organización Panamericana de la Salud (OPS), un potencial objetivo de los sistemas sanitarios es lograr el acceso y cobertura universal en salud, para alcanzar sistemas equitativos basados en derechos[14]. En este punto, se define al sistema de salud como el "conjunto de acciones, normas y personas cuyas actividades se relacionan directa o indirectamente con la atención a la salud individual y colectiva" (Giovanella, et al., 2012, 21). Algunos de los componentes fundamentales que cita la literatura sobre la política sanitaria refieren tanto al financiamiento como a la organización de dicho sistema, pero debido al interés de este trabajo, será su fundamento discursivo amparado en el enfoque de garantizar el derecho a la salud el que se aborde a continuación. En este marco, se identifican cuatro conceptos clave que aborda la política sanitaria: 1. cobertura; 2. acceso; 3. equidad y 4. integralidad.

La "cobertura de salud" se define como "la capacidad del sistema para responder a las necesidades de la población" (OPS, 2014, 6) e incluye la disponibilidad de infraestructura, recursos humanos, tecnología y financiamiento. Por su parte, "acceso universal" se define como "la ausencia de barreras de tipo geográfico, económico, sociocultural, de organización o de género" en el plano sanitario (OPS, 2014, 6), y se alcanza precisamente a través de la eliminación de estas barreras. En este sentido, según la OPS la cobertura y el acceso universal sientan las bases para asegurar el bienestar y la equidad en salud. En cuanto a la "equidad en salud", se define como "la ausencia de diferencias injustas en el estado de salud, el acceso a servicios de salud integrales, oportunos y de calidad, en la contribución financiera, y en el acceso a entornos saludables" (OPS, 2014, 6), reconociéndose que tanto el género, como la etnia, edad o condición socioeconómica pueden relacionarse con la inequidad en salud. La atención integral refiere a la capacidad de atender la salud y resolver los problemas asociados a ésta, y comprende tanto la promoción como la prevención, el diagnóstico, el tratamiento oportuno y la rehabilitación. En este marco, la "integralidad" refiere a:

> (...) acciones poblacionales y/o individuales, cultural, étnica o lingüísticamente apropiadas, con enfoque de género, que tomen en consideración las necesidades diferenciadas para promover la salud, prevenir las enfermedades, prestar atención a la enfermedad (diagnóstico, tratamiento paliativo y rehabilitación) y ofrecer los cuidados de corto, mediano y largo plazo necesarios (...) (OPS, 2014, 6).

En base a lo antedicho, se observa que estos cuatro conceptos están interrelacionados y que todos ellos aportan a asegurar el derecho universal a la salud a través de la política sanitaria; de hecho, la descripción de cada concepto es tan amplia que podría contener elementos asociados con los restantes, lo cual hace difícil su operacionalización. Del mismo modo, la literatura académica sobre sistemas de salud refleja esta multidimensionalidad y amplitud de cada uno de los conceptos reseñados desde la perspectiva de la OPS, ya que también en la academia existe falta de claridad y consenso sobre lo que cada uno concretamente implica. Ello ha sido identificado como un problema para la operacionalización y medición de estos conceptos (Levesque, Harris y Grant, 2013). No obstante, en la literatura existe una tendencia a tomar uno de estos conceptos (cobertura) como subdimensión de otro (acceso), a la vez que se toma a la equidad como un supuesto ético para interpretar el acceso.

Se observa que existe una extensa discusión teórica particularmente en torno al concepto de acceso, que se tomará como base para intentar avanzar en la diferenciación de los distintos conceptos y dimensiones. En un trabajo germinal sobre el acceso, Aday y Andersen (1975) señalan que el concepto refiere a la entrada o no en el sistema de aquellos que necesitan atención en salud. En ese sentido, "tener acceso" refiere tanto al potencial de utilizar un servicio si se lo requiere (disponibilidad o acceso potencial) como a lo que refiere al proceso de utilizarlo en sí (obtención de acceso). Esta diferenciación realizada por los autores es muy útil para distinguir dos dimensiones asociadas al concepto de acceso: a. Disponibilidad potencial de servicios, y b. Utilización de servicios y barreras en el acceso.

En cuanto a la primera, puede señalarse que tener acceso potencial a los servicios de salud requiere de una adecuada oferta de servicios que esté disponible para la población (es decir, la noción de "cobertura" en la definición de la OPS). En este plano, el acceso se relaciona con la oportunidad de obtener atención sanitaria cuando se la requiere. Como indica Mooney (1983), de

esta forma la equidad en el acceso se traduce como igualdad de oportunidades; "(...) el tema de si la oportunidad se pone o no en práctica no es relevante para la equidad definida en términos de acceso" (1983, 182).

Sin embargo, como señalan Gulliford, Figueroa-Muñoz y Morgan (2003, 5),

> La disponibilidad de servicios puede resultar una medida limitada para conceptualizar el acceso a los servicios de salud. Un grupo poblacional que requiere atención en salud puede tener acceso a dichos servicios pero sin embargo encontrar dificultades al utilizar esos servicios. En otras palabras, el acceso potencial puede no implementarse (...)

En este sentido, entra en juego la segunda dimensión reseñada. Como señalan Pechansky y Thomas (1981), el concepto de acceso refiere de esta forma al grado en que los sistemas de salud pueden adaptarse a las/los usuarios. Así, los autores ampliaron el concepto de acceso más allá de medir la disponibilidad de servicios, e incluyeron las barreras personales, organizacionales y financieras para que sean efectivamente utilizados.

Como indican Levesque, Harris y Grant (2013) el acceso se percibe por lo general como un atributo predominante de los servicios y se determina por factores como la disponibilidad, el precio y la calidad de los servicios sanitarios. En la base de esta percepción podría estar la presunción de que es precisamente la política sanitaria la que puede influir sobre el acceso. Por otra parte, los autores indican que la utilización se emplea como proxy del acceso, y en ésta influyen la oferta y la demanda de servicios, incluyendo atributos individuales de las/los usuarios. En este punto, el énfasis de si la utilización depende mayormente de las y los usuarios o de las propias características del servicio varía en la literatura: según Harris (2013), en los países de renta alta, la figura de usuario/a del sistema se asemeja a la de "cliente" de un servicio, poniendo la mayor responsabilidad sobre sus capacidades individuales para obtener la atención que requiere. Sin embargo, en los países de renta baja o media, el obtener una adecuada atención en salud se vincula más con la responsabilidad del sistema en la implementación de la política sanitaria.

En esta discusión, la equidad no solo se asocia al punto *a* (disponibilidad potencial de servicios) como podía desprenderse de la conceptualización de

Mooney, sino también al punto *b* (utilización de servicios y barreras en el acceso). Así, Gulliford, Figueroa-Muñoz y Morgan (2003) indican que mientras que la preocupación porque los recursos de atención sanitaria cubran las necesidades de diferentes grupos poblacionales es central para el concepto de acceso, el de equidad introduce la noción de justicia social asociada al acceso. Al igual que el concepto de acceso, la equidad en salud también es un concepto amplio y multidimensional,

> (...) compuesto por aspectos relacionados con lograr la buena salud a través de procesos, que no solo tengan que ver con la distribución de la atención sanitaria, sino también con la justicia social y total ausencia de discriminación en la prestación de esa asistencia (...) (Mendoza Parra, 2016, 2).

En las primeras definiciones sobre la equidad, se la asociaba fuertemente a factores socioeconómicos y a atenuar las diferencias asociadas a los ingresos de las/los usuarios. En este punto, Daniels (1982) argumenta que las conceptualizaciones de equidad eran en realidad formas “disfrazadas” de discutir principios de justicia distributiva en la salud. Sin embargo, ello se ha complejizado en la actualidad, reconociendo que otras diferencias sociales (factores relacionados a la estructura social como por ejemplo los étnico-raciales, pero también creencias sobre la salud asociadas a diferencias educativas, etc.) pueden traducirse asimismo como inequidades en el plano sanitario (Harris, 2013).

En cuanto a la integralidad, si bien es un concepto menos destacado por la literatura que los anteriores, con éste se apunta al rol de los servicios de salud en la provisión de una atención que no sea fragmentada, fortaleciendo a su vez la mirada sistémica sobre la salud. Así, la noción de integralidad está orientada a que los servicios de salud:

> (...) conciban el proceso de salud-enfermedad de las personas como una totalidad, es decir, desde la persona como un ser biopsicosocial, su relación con la familia, la comunidad y el entorno. Aquí, la integralidad asume la promoción, prevención, rehabilitación y recuperación del usuario/a de manera completa y no separada (...) (Giovanella, et al., 2012, 200, 201).

Al analizar críticamente la literatura tradicional que aborda los sistemas de salud y la política sanitaria a nivel macro desde la ciencia política, se observa que la conceptualización de nociones como acceso, cobertura y equidad desde un paradigma universalista no contempla las discusiones introducidas en la sección anterior sobre el carácter excluyente del abordaje tradicional de las políticas de bienestar, y reproduce una idea abstracta de usuario/a del sistema aún si se enmarca dentro de una perspectiva de derechos sociales. También desde la literatura más amplia que se especializa en sistemas de salud, cuando existe una mirada sobre la justicia asociada a los sistemas sanitarios, las inequidades resultantes de la interpretación desvalorizada de las diferencias sociales se relacionan con diversidades que no incluyen la perspectiva de la diversidad genérico-sexual.

Según Colpitts y Gahagan (2016), las necesidades de salud de la población que se identifica como no heterosexual o cuya identidad de género es distinta a su sexo asignado al nacer han sido históricamente entendidas a través de una lente heteronormativa de género binario. Esto ha hecho que las necesidades y experiencias de salud de estas poblaciones sean invisibles tanto dentro de los sistemas de salud convencionales, como de los datos que se relevan sobre salud y de la política sanitaria en general. De acuerdo con las autoras, de esta forma "se ha borrado" a las poblaciones LGTB de las políticas de salud, sin reconocer la discriminación y estigma significativos que enfrentan dentro de los sistemas de atención en salud basados en marcos heteronormativos. Esta discriminación –tanto se manifieste desde la invisibilización como desde la negación explícita– se analiza en términos institucionales y se relaciona con la homo-lesbo-bi-transfobia, entendiendo a ésta como una respuesta negativa basada en estereotipos acerca de las relaciones entre personas del mismo sexo y/o con identidades no heteronormativas (Toro, 2012)[15]. Tanto de modo individual como a nivel del sistema de salud, los efectos de la discriminación comprometen el bienestar de las poblaciones diversas genérica y sexualmente. De hecho, Mulé, et al. (2009) señalan que hay pautas de salud y enfermedad específicas para las personas LGTBI, algunas de las cuales pueden ser resultado de la marginación y discriminación que experimentan[16]. También resaltan que la población LGTBI experimenta un acceso reducido a la atención sanitaria de calidad y presenta una subutilización de los servicios de atención de la salud, como resultado del temor o la falta de confianza debido a la discriminación generalizada y persistente.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a12

Como señalan Daley y MacDonnell (2011), es por tanto necesario un análisis crítico del discurso asociado a la política sanitaria desde una perspectiva que contemple tanto el género como la diversidad sexual, y que permita desentrañar los supuestos filosóficos subyacentes a estructuras de dominación que pueden permanecer inadvertidas como mecanismos de exclusión.

b. La incorporación de la perspectiva de diversidad genérico-sexual en salud

En las últimas dos décadas ha comenzado a desarrollarse la literatura (particularmente en Canadá, Estados Unidos y el Reino Unido) que introduce la perspectiva de la diversidad genérico-sexual en el análisis de los sistemas de salud y de las políticas sanitarias[17]. Ello parte de que, como se argumentó anteriormente, se reconocen inequidades específicas vinculadas a la población LGTB en las políticas públicas en general y en la sanitaria en particular. Tal como señalan Daley y MacDonnell (2011, 10): "existe ahora suficiente evidencia para mostrar que como población, las personas LGTB experimentan inequidades significativas en su salud, con impactos negativos que han sido ampliamente documentados". Según las autoras, a pesar de que criterios como la universalidad de la cobertura y la accesibilidad son centrales en algunos sistemas de salud, las personas LGTB no siempre reciben servicios de salud en los mismos términos y condiciones que las personas heterosexuales y cis género:

> Las amenazas cotidianas a la salud de las personas LGTB se han vinculado al heterosexismo, bifobia y transfobia, que forman parte de todas las instituciones sociales y contribuyen a la exclusión social, el estigma y las dinámicas discriminatorias, así como a la invisibilidad y la falta de conocimiento por parte de los proveedores de salud (...) (Daley y MacDonnell, 2011, 11)

El trabajo de estas autoras se basa en la identificación de discursos dominantes y de contra discursos en la literatura que conceptualiza la equidad en salud en relación a la diversidad, analizando cómo estos discursos impactan en la inclusión o exclusión de la población LGTB en los marcos conceptuales en los que se basan las nociones de acceso y equidad en la política sanitaria. Para ello, su análisis se estructuró contemplando tres elementos: 1. las representaciones de salud, acceso, cultura y diversidad; 2. las representaciones de gé-

nero, sexualidad, etnia-raza, clase social y discapacidad; 3. las ausencias o silencios relacionados con género, sexualidad, etnia-raza, clase social y discapacidad. En base a ello, Daley y MacDonnell delinean un modelo analítico que identifica cinco tipos ideales discursivos que caracterizan la literatura sobre acceso y equidad en salud, los cuales se sintetizan en la tabla 1.

Tabla 1. Tipos de discurso sobre acceso y equidad en salud asociados a la diversidad

Tipo de discurso	Descripción
Multiculturalidad	Se centra predominantemente en la inequidad entre los diferentes grupos lingüísticos y étnicos para acceder a los servicios de salud. Si bien este enfoque no excluye necesariamente a las personas LGTB, a menudo es indicativo de un discurso sobre la diversidad en el que predomina un abordaje que no contempla a esta población.
Diversidad	Se visualiza a la población LGTB como una comunidad cultural relativamente homogénea, imbricada en una cultura dominante que privilegia la heterosexualidad. Se reconoce que las personas identificadas como LGTB enfrentan barreras para acceder a los servicios de salud, se identifica a los grupos LGTB como una población vulnerable, y hay referencias a las personas LGTB en las consideraciones sobre equidad. No obstante, el foco está en las experiencias individuales en relación a la salud y no en las experiencias de discriminación y exclusión que las personas LGTB transitan como población. No plantea un cambio estructural de los sistemas sanitarios pero sí medidas puntuales que buscan atender a la diversidad sexual, tales como la formación del personal médico y no médico de las instituciones de salud en una forma de atención que respete la diversidad sexual de las personas.
Determinantes sociales de la salud[18]	Reconoce la relación entre la identidad social y la salud física. Des individualiza nociones como la de factores de riesgo, asociándolos más a factores estructurales derivados de la heteronormatividad que a estilos de vida puntuales. Se indica que es necesario un cambio estructural para garantizar el acceso y la

	equidad en salud. Las personas LGTB no son vistas solo como usuarias de los sistemas de salud sino también como administradoras y proveedoras de servicios, así como participan de los mecanismos de gobernanza del sistema.
Anti-opresión	Plantea un discurso basado en la interseccionalidad[19], en donde la orientación sexual e identidad de género son dos factores que, entre varios, pueden señalar la condición de una persona como vulnerable. Se indica que es necesario un cambio estructural para garantizar el acceso y la equidad en salud. Las personas LGTB son vistas como usuarias de los sistemas de salud, pero también como administradoras y proveedoras de servicios, así como participan de los mecanismos de gobernanza del sistema.
Derechos sociales y ciudadanos	Las recomendaciones y estrategias de equidad desarrolladas para el sector de la salud forman parte de un enfoque multisectorial más amplio que busca la mejora del derecho social al acceso a servicios para las/los ciudadanos LGTB, y que incluye cambios en otras políticas sectoriales (educación, empleo, etc.).

Fuente: Elaboración propia, en base a Daley y MacDonnell (2011).

Las autoras plantean estos cinco tipos ideales discursivos como un continuo, reconociendo que en la práctica en una política (e incluso en una misma institución) pueden convivir diversos discursos. Este continuo empieza con el tipo discursivo vinculado a diversidad genérico-sexual y salud menos transformador (el discurso multicultural) y termina con el más transformador (el discurso sobre derechos sociales y ciudadanos), pasando por grados intermedios que están representados por los discursos de diversidad, determinantes sociales de la salud y anti-opresión. A su vez, a medida en que se avanza en el continuo también se complejiza el análisis de la diversidad, incorporándolo dentro de un enfoque interseccional.

El modelo, sin embargo, no analiza estos discursos en vinculación con la amplitud con que se aborda la noción de integralidad en salud. Ello es especialmente relevante al analizar la confluencia entre política sanitaria y población LGTB, dado que al respecto existe una tensión en parte de la literatura sobre diversidad sexual y salud. Por un lado, existen visiones acotadas que

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a12

apuntan a actuar sobre los riesgos asociados a ciertos colectivos de la población LGTBI (donde en foco está en destacar concretamente la mayor prevalencia de ITS en general y de VIH/SIDA en particular en la población trans femenina y de "hombres que tienen sexo con hombres", HSH[20]) (Cáceres, et al., 2008, 2013). Por otro lado, existe una concepción más abarcadora sobre la salud de las personas LGTBI que, aunque lo reconoce, no se enfoca en la noción de riesgo sanitario por considerarlo estigmatizante hacia esta población (Colpitts y Gahagan, 2016; Mulé, et al., 2009). Ambas visiones pueden plantear transformaciones profundas en la política sanitaria, e incluso ampararse dentro del mismo discurso (de hecho se observa que a menudo ambas hacen referencia al marco de los determinantes sociales de la salud). Sin embargo, tienen efectos distintos sobre la política: mientras que el primero refuerza el abordaje centrado en la enfermedad y en los problemas de salud, el segundo intenta privilegiar un acercamiento distinto sobre la noción de salud, que incorpore a la población LGTB.

Por otra parte, y volviendo al modelo de Daley y MacDonnell (2011), se observa que –incluso desde los discursos menos transformadores, que no plantean cambios estructurales– se hace referencia a la importancia de capacitar y sensibilizar al personal de salud en la perspectiva de la diversidad. De hecho, este es un elemento recurrente en la literatura sobre diversidad genérico-sexual y salud (Colpitts y Gahagan, 2016; Makadon, 2011), que señala a este punto como un factor clave para asegurar que una política sea realmente inclusiva, partiendo del reconocimiento de que el personal de las instituciones es "la cara visible" de la política para las y los usuarios del sistema y de la complejidad que implica incorporar efectivamente la diversidad sexual en la política sanitaria en todos sus niveles de ejecución. Además de lo ya referido en términos generales sobre la reproducción de la heteronormatividad desde las políticas públicas –y en particular, desde la política sanitaria–, diversos estudios indican que no es posible llevar adelante efectivamente un cambio en la política sanitaria en relación a la diversidad sexual y de género si no se reconocen las barreras que existen en el personal médico y no médico para establecer formas de comunicación y atención inclusivas con la población LGTBI (Colpitts y Gahagan, 2016; Makadon, 2011). Diversos estudios –particularmente de corte cualitativo– señalan que el personal de las instituciones sanitarias argumenta que no se siente capacitado para atender usuarios/as que manifiestan orientaciones no heterosexuales o identidades trans, por lo que evitan abordar todo lo vinculado a sexualidad (Gott, et al.,

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a12

2004; Beagan, et al., 2012¸ Colpitts y Gahagan, 2016). Como señalan Beagan, et al. (2012), adoptan una estrategia de "no preguntar, no decir", confiando en que la atención de calidad puede ser proporcionada sin reconocer las identidades asociadas a la diversidad y sin reconocer por tanto las formas en que la marginación y la opresión pueden influir en la salud y en la atención sanitaria de las personas LGTBI. Ello refuerza asimismo la noción de que la sexualidad no heterosexual, las identidades trans y las corporalidades intersex son algo que escapa a lo esperado, lo que afianza la percepción de excepcionalidad y hace que se visibilice esa "otredad" no ya como patológica en sí misma, pero sí como problemática.

También en América Latina, desde la academia diversos estudios han señalado que en la práctica existen en el sistema sanitario obstáculos y discriminaciones hacia la población LGTB que se asocian a conductas de las y los trabajadores de la salud. Así, Albuquerque, et al. (2013) señalan que el acceso de personas LGTB a la salud continúa teniendo obstáculos como discriminación o conductas inadecuadas por parte de los profesionales y demás trabajadores de la salud. En este sentido, la investigación de Cerqueira-Santos, et al. (2010), que se centra en percepciones de las y los usuarios, señala que no existe un reconocimiento por parte de las y los profesionales de la salud de la población LGTB, por lo que pueden no atender sus necesidades y demandas en el plano de la atención en salud. De hecho, varios estudios apuntan sobre la dificultad de enunciar lo referente a sexualidad, deseo y orientación sexual en el plano de la consulta médica (Cerqueira-Santos, et al., 2010; Ostermann y Rosa, 2012), que al constituirse como "tema tabú" puede invisibilizar incluso el tema que motivó al usuario/a a realizar la consulta (Ostermann y Rosa, 2012). En el caso de la población trans, estudios como los de Muller y Knauth (2008) y Tagliamento (2012) han señalado la necesidad de capacitar a las y los trabajadores de la salud para no reproducir la discriminación que esta población experimenta en otros ámbitos sociales, ya que de la investigación surgió que uno de los principales obstáculos percibidos por las usuarias trans era que no se les respetaba su nombre de uso social. Varios estudios indican que cuando las personas trans se vinculan con el sistema sanitario se enfrentan a dificultades como:

> (...) situaciones de discriminación, preconceptos, violencias institucionales, irrespeto al nombre de uso social, atención no humanizada, fragmentada, con profesionales poco calificados/as para tratar sus asuntos,

> lo que termina por restringir el acceso y configurar atención con baja resolutividad (...) (Guaranha, 2014, 33).

En función de los obstáculos observados, la literatura sobre diversidad sexual y salud recurrentemente hace referencia a otros dos elementos a la hora de llevar adelante políticas sanitarias que contemplen la diversidad genérico-sexual:

1. la adecuación de los espacios físicos de las instituciones, para que generen un entorno habilitante (a través de folletería, posters, etc., en donde se representen diversas formas de habitar la sexualidad y el género);

2. la necesidad de adecuación de los instrumentos de relevamiento de datos (tanto con fines estadísticos como administrativos) e historias clínicas, para que incluyan la diversidad genérico-sexual.

Como señalan Jackson, et al. (2006), las actitudes negativas que expresan las/los profesionales de la salud, combinadas con la discriminación sistémica, dejan a los usuarios/as LGTBI sujetos a prejuicios, discriminación y atención deficiente. En este marco, los formatos de historia clínica,

> (...) suelen excluir las experiencias de las personas genérica y sexualmente diversas, desalentando así la divulgación de la identidad de género, la orientación sexual y las conductas o circunstancias relacionadas con la salud. En consecuencia, las personas LGTB pueden evitar o retrasar prácticas de auto cuidado (por ejemplo, la detección de diversas condiciones de salud) y/o permanecer en silencio sobre importantes problemas de salud. Por lo tanto, los problemas de salud pueden no ser diagnosticados, ser mal diagnosticados, y/o no tratados hasta que son más graves y menos susceptibles de tratamiento. Estos problemas se complementan con un conocimiento limitado por parte de los proveedores de atención de la salud sobre el género y las cuestiones de salud de la población sexualmente diversa (...) (Jackson, et al., 2006, 44)

Por todo lo anteriormente referido, se insiste en que las políticas que busquen interpelar el constructo heteronormativo e incluyan la perspectiva de diversidad en salud deben incorporar sustantivamente a todos los niveles de ejecución (desde el macro, de diseño de la política, hasta el micro, de ejecu-

ción en cada una de las instituciones sanitarias involucradas).

c. El aporte analítico del gender mainstreaming

Este énfasis en el "multinivel" no es novedoso, y ya había sido señalado en relación a la perspectiva de género desde el enfoque de *gender mainstreaming* como estrategia para reconocer y afrontar las desigualdades de género en las políticas[21]. El *gender mainstreaming* implica incorporar la perspectiva de género en la corriente principal de una política[22]. Según el Consejo de Europa, este enfoque:

> (...) implica la reorganización, fortalecimiento, desarrollo y evaluación del proceso de las políticas públicas, a fin de que la perspectiva de la igualdad de género sea incorporada en todas las políticas, a todos los niveles y en todas sus fases, por los actores normalmente involucrados en su elaboración" (García Prince, 2008, 56)

A esta definición del Consejo de Europa, el PNUD añade que una iniciativa efectiva de *mainstreaming* requiere la interacción compleja de diversas habilidades y competencias, "usualmente coordinadas en un equipo de trabajo integrado para tal fin" (ídem). Como parte de esta estrategia, se prevé la designación de figuras expertas (*gender focal points*[23]) para que faciliten y monitoreen la implementación de la misma, así como generar mecanismos de seguimiento. Estos elementos son centrales para enfrentar el problema del "desvanecimiento" de la política, que refiere a que no haya responsabilidades claras respecto al *mainstreaming*, lo cual implica en la práctica que nadie se haga cargo de llevarlo adelante.

Siguiendo a García Prince (2008), para efectivamente lograr que una política alcance la igualdad (de género, en este caso), deben considerarse elementos como:

> (...) la sensibilización en materia de desigualdades de género y de sus implicaciones políticas, sociales, culturales y económicas y/o la capacitación teórica, metodológica y técnica que haga falta para el personal, en todos los niveles de la estructura organizacional (...) (García Prince, 2008, 61)

Dado que el enfoque del *gender mainstreaming* tiene puntos de contacto sustantivos con un abordaje en políticas públicas que incorpore la perspectiva de la diversidad sexual y de género, también aporta otras claves que pueden aplicarse a la hora de estudiar las formas de implementar estrategias para la igualdad en dicho marco. Concretamente, el enfoque plantea que el diseño de las políticas de igualdad parta de un diagnóstico de las desigualdades existentes, expresando con claridad lo que implica la igualdad (a través de los objetivos o metas de la política, que podrán ser luego evaluados o medidos a través de instrumentos específicos), y que se hagan efectivos en todos los niveles de ejecución de una política. Es decir, si bien el adoptar una estrategia de *mainstreaming* de estas características responde a la existencia de una voluntad política de avanzar en este sentido, el proceso en sí recae en la generación de capacidades técnicas en el funcionariado vinculado a las políticas en donde se incorpora el enfoque.

Modelo analítico de transversalización de la perspectiva de diversidad genérico-sexual en conceptos clave de la política sanitaria

En base a las consideraciones realizadas en la literatura analizada, en la tabla 2 se presenta un modelo analítico de elaboración propia que pretende incorporar la perspectiva de la diversidad sexual en las nociones clave de la política sanitaria y los sistemas de salud, desde una óptica que apunta a estudiar su transversalización en los servicios. Se toma para ello como base el concepto de acceso, interpretando la equidad en este contexto como la superación de las inequidades específicas que se visualizan desde el enfoque de la diversidad sexual, a partir de lo cual se elabora un modelo que permite representar distintas dimensiones y sub dimensiones asociadas al acceso si se contempla la diversidad sexual en salud. A su vez, la lógica del modelo plantea una secuencia en el estudio de las sub dimensiones que asocia el análisis al ciclo de elaboración de las políticas públicas: análisis, diseño, puesta en práctica (Aguilar Villanueva, 1993), en donde la evaluación es el eslabón final del proceso. Asimismo, el modelo incorpora el concepto de integralidad, no ya como dimensión del acceso sino a través de una conceptualización que refleja las tensiones específicas que se visualizan en la literatura sobre diversidad genérico-sexual y salud.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a12

Tabla 2. Modelo de incorporación de la perspectiva de la diversidad sexual en los servicios de salud

Concepto	**Dimensión**	**Sub dimensión**
Acceso	Disponibilidad potencial de servicios	Existencia de diagnóstico que contemple la intersección entre diversidad sexual y salud
		Diseño de estrategia que busque abordar las diferencias en el acceso a la salud de las personas LGTBI
		Posibilidad de alianzas con otros actores relevantes para la política sanitaria con el objetivo de ampliar la repercusión de la estrategia
	Barreras en la utilización de servicios	Receptividad frente a la implementación de la estrategia en todos sus niveles de ejecución
		Percepción sobre incorporación de la perspectiva de diversidad sexual en salud en todos los niveles de ejecución de la política sanitaria
		Existencia de prácticas de incorporación de diversidad en la atención en salud
Integralidad	Amplitud del encuadre sobre diversidad sexual en salud	Abordaje acotado sobre diversidad sexual en salud (centrado en el riesgo, particularmente frente a ITS/VIH/SIDA) o más abarcador (no centrado en el riesgo)

Fuente: Elaboración propia

Como puede observarse, se trata de un modelo centrado en la oferta de servicios y no en la demanda de los mismos; ello se fundamenta en cuestiones operativas, debido a que la incorporación de la medición de la demanda como sub dimensión de la utilización de los servicios necesitaría de una caracterización previa de la misma, que por lo general no es posible realizar adecuadamente en base a los datos disponibles actualmente (dado que no existe por lo general un adecuado relevamiento de datos vinculados a la orientación sexual, identidad de género o diversidad corporal en los registros sanitarios).

El modelo contempla las dimensiones identificadas en la literatura especializada en política y sistemas de salud en relación al acceso (acceso potencial y utilización), y las operacionaliza teóricamente en función de las consideraciones identificadas en la literatura sobre diversidad genérico-sexual y salud, estructurando el análisis en base a la lógica del ciclo de elaboración de las políticas públicas.

Así, las dimensiones en cada uno de los conceptos pretenden analizar tanto la presencia como la ausencia de la perspectiva de la diversidad sexual y de género en salud, contemplando la complejidad reseñada en la literatura y permitiendo por lo tanto el análisis multinivel de las dimensiones y subdimensiones asociadas a cada concepto. A diferencia del modelo centrado en tipos discursivos propuesto por Daley y MacDonnell (ver la tabla 1), el modelo de la tabla 2 permite tanto el análisis de una política, estrategia o experiencia particular, como el desentrañar diferencias sustantivas en el diseño e implementación de distintas políticas o experiencias que buscan incorporar la diversidad sexual en salud y se amparan bajo un mismo discurso.

Referencias

Aday, L. y Andersen, R (1975). *Development of Indices of access to medical care*. Chicago: Health Administration Press.

Aguilar Villanueva, L. (1993). *Problemas públicos y agenda de gobierno.* México DF: Porrúa.

Beagan, B., Fredericks, E. y Goldberg, L. (2012). Nurses work with LGBTQ patients: "they're just like everybody else, so what's the difference?" *Can J Nurs Res*, *(2012)*44, 44–63.

Beramendi, C. (2012). *Una visita al mainstreaming de género desde el contexto*. Cuarto Congreso Uruguayo de Ciencia Política, "La Ciencia Política desde el Sur", Asociación Uruguaya de Ciencia Política, 14-16 de noviembre de 2012. Recuperado de http://www.aucip.org.uy/docs/cuarto_congreso/13131712%20-%20Beramendi,%20Carmen.pdf

Betone, C., et al. (2012). *Aportes para la atención de la salud integral de personas trans desde una perspectiva local*. Recuperado de http://www.rosario.gov.ar/sitio/verArchivo?id=6893&tipo=objetoMultimedia

Betti, L., et al. (2011). *El acceso a la atención de la salud de la población de la diversidad sexual. Construcción de políticas públicas a partir de un diagnóstico participativo.*

Butler, J. (1988). Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory. *Theatre Journal, (40)*4, 519-531.

Butler, J. (2001). *El género en disputa: El feminismo y la subversión de la identidad.* Ciudad de México: Paidós.

Butler, J. (2002). *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del sexo*. Buenos Aires: Paidós.

Cáceres, C., et al. (2008). *Review of Legal Frameworks and the Situation of Human Rights related to Sexual Diversity in Low and Middle Income Countries.* Geneva, Switzerland: UNAIDS.

Cáceres, C., et al. (2013). Diversidad sexual, salud y ciudadanía. *Rev. peru. med. exp. salúd publica*, *30*(4), 698-704.

CIDH (2015). *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América.* Recuperado de http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGTBi.pdf

Coll-Planas, G. y Missé, M. (2015). La identidad en disputa. Conflictos alrededor de la construcción de la transexualidad. *Papers: Revista de Sociologia, (100)*1, 35-52.

Colpitts, E. y Gahagan, J. (2016). I feel like I am surviving the health care system: understanding LGBTQ health in Nova Scotia, Canada. *BMC Public Health*. Recuperado de https://bmcpublichealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12889-016-3675-8.

Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum, (1989)*1, 8. Recuperado de http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8.

Daley, A. y MacDonnell, J. (2011). Gender, sexuality and the discursive representation of access and equity in health services literature: implications for LGBT communities. *Int J Equity Health. (2011),*10-40.

De Barbieri, T. (1999). Derechos sexuales y reproductivos. Aproximación breve a su historia y contenido. Mujer y Salud, 2.

Elder, C. y Cobb, R. (1993). Formación de la agenda. El caso de la política de ancianos. En L. Aguilar Villanueva (ed) *Problemas públicos y agenda de gobierno.* México DF: Porrúa.

Fish, J. (2007). Getting equal: the implications of new regulations to prohibit sexual orientation discrimination for health and social care. *Diversity in Health and Social Care*, 4, 221–8.

Foucault, M. (1995). *Historia de la sexualidad. 1: La voluntad de saber.* Madrid: Siglo XXI.

Fraser, N. (2000). Nuevas reflexiones sobre el reconocimiento. *New Left Review,* 3, 55-68.

García Prince, E. (2008). *Políticas de igualdad, equidad y gender mainstreaming. ¿De qué estamos hablando? Marco conceptual.* Recuperado de http://pmayobre.webs.uvigo.es/descargar_libros/evangelina_garcia_price/politicas.pdf

Giovanella, L., et al. (2012). *Sistemas de salud en Suramérica: desafíos para la integralidad y la equidad.* Río de Janeiro: Instituto Suramericano de Gobierno en Salud,

Goffman, E (1963) Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity, Prentice-Hall.

Gott, M., et al. (2004). Opening a can of worms: GP and practice nurse barriers to talking about sexual health in primary care. *Fam Pract*, *21*(5), 528-536.

Gulliford, M. Figueroa-Muñoz, J. y Morgan, M. (2003). Introduction: meaning of "access" in health care. En M. Gulliford y M. Morgan (eds) *Access to health care.* Nueva York: Routledge.

Hall, P. (1993). Policy paradigms, social learning and the state: the case of economic policy-making in Britain. *Comparative politics*, *25*(3), 275-296.

Harris, R. (2013). Operationalisation of the construct of access to dental care: a position paper and proposed conceptual definitions. *Community dental Health,* 30, 94-101.

Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento* (Trad. española de M. Ballestero). Barcelona: Crítica.

Jackson, B., et al. (2006). Whose Public Health? An Intersectional Approach to Sexual Orientation, Gender Identity and the Development of Public Health Goals for Canada. (Discussion Paper submitted to Health Canada), Rainbow Health Network (RHN)/Coalition for Lesbian and Gay Rights in Ontario (CLGRO), Toronto.

Kingdon, J. (1995). *Agendas, alternatives, and public policies*. Nueva York: Harper Collins.

Kraft, M. y Furlong, S. (2006). Public Policy: Politics, Analysis and Alternatives. Washington, DC: CQ Press.

Levesque, J.-F., Harris, M. F. y Russell, G. (2013). Patient-centred access to health care: conceptualising access at the interface of health systems and populations. *International Journal for Equity in Health*, 12, 18. http://doi.org/10.1186/1475-9276-12-18

Mahoney, J. (2000). Path dependence in historical sociology. Theory and *society*, *29*(4), 507-548.

Makadon, H. (2011). Ending LGBT invisibility in health care: The first step in ensuring equitable care. *Cleveland Clinic Journal of Medicine*, *78*(4), 220-224.

Marshall, T. H. y Bottomore, T. B. (1998). *Ciudadanía y clase social.* Madrid: Alianza.

Mendoza Parra, S. (2016). Cobertura, acceso y equidad universal en salud, una caracterización de la producción científica de enfermería. *Rev Latino-Am Enfermegem,* 24.

Mohoney, J. y Thelen, K. (2010). *Explaining institutional change. Ambiguity, agency and power.* Cambridge: Cambridge University Press.

Mooney, G. (1983). Equity in health care: confronting the confusion. *Effective Health Care,* 1, 179-85.

Mulé, J., et al. (2009). Promoting LGBT health and wellbeing through inclusive policy development. *International Journal for Equity in Health*, *(2009)*8,18. Recuperado de http://www.equityhealthj.com/content/8/1/18.

Núñez, G. (2007). *Masculinidad e intimidad: identidad, sexualidad y sida. Universidad Nacional Autónoma de México.* México DF: Programa Universitario de Estudios de Género.

OMS (2016). FAQ on Health and Sexual Diversity - An Introduction to Key Concepts. Ginebra: OMS.

OPS (2013). *Documento CD52/18* del 52º Consejo Directivo de la OPS.

OPS (2014). Estrategia para el acceso universal a la salud y la cobertura universal de salud. *Documento del 53º* Consejo Directivo de la OPS.

Pechansky, R. y Thomas, W. (1981). The concept of access. *Medical Care*, 19, 127-40.

Pierson, P. (2000). Increasing returns, path dependence and the study of politics. *The American Political Science Review*, *94*(2), 251-267.

Plummer, K. (1995). *Intimate citizenship: private decisions and public dialogues.* Washington, DC.: University of Washington Press.

Rich, A. (1980). Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence. *Signs: Journal of Women in Culture and Society,* 5, 631-60.

Saltzman, J. (1992). *Equidad y Género.* Madrid: Cátedra Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer.

Scott, J. (1996). El género: Una categoría útil para el análisis histórico. En M. Lama (comp.) *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual.* México DF: PUEG.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a12

Sedgwick, E. K. (1998). *Epistemología del armario.* Barcelona: Ediciones de la Tempestad.

Sempol, D. (2013a). *De los baños a la calle. Historia del movimiento lésbico, gay, trans uruguayo (1984-2013).* Montevideo: Random House Mondadori.

Sempol, D. (coord.) (2013b). *Políticas públicas y diversidad sexual. Análisis de la heteronormatividad en la vida de las personas y las instituciones.* Montevideo: Ministerio de Desarrollo Social.

Sempol, D., Calvo, M., Rocha, C. y Schenck, M. (2016). *Corporalidad trans y abordaje integral. El caso de la Unidad Docente Asistencial Saint Bois.* Montevideo: Ministerio de Desarrollo Social.

Steinmo, S. y Watts, J. (1995). It's the institutions, stupid! Why the United States can't pass comprehensive National Heath Isurance. *Journal of Heath Politics Policy and Law, 20*(2), 329-372.

Streek, W. y Thelen, K. (2005). *Beyond continuity. Institutional change in advanced political economies.* Nueva York: Oxford University Press.

Toro, J. (2012). El estado actual de la investigación sobre la discriminación sexual. *Terapia Psicológica, (30)*2, 71-76.

Ulin, P., Robinson, E. y Tolley, E. (2006). *Investigación aplicada en salud pública. Métodos cualitativos.* Washington DC.: OPS.

Verloo, M. (2005). Mainstreaming Gender Equality in Europe. A Frame Analysis Approach. The Greek Review of Social Research. Special Issue: Differences in the Framing of Gender Inequality as a *Policy Problem across Europe*, *117*(2), 11–34.

Vignolo, J., Vacarezza, M., Álvarez, C. y Sosa, A. (2011). Niveles de atención, de prevención y atención primaria de la salud. *Archivos de Medicina Interna*, *33*(1), 7-11. Recuperado de http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-423X2011000100003&lng=es&tlng=es.

Warner, M. (1990). Introduction: Fear of a Queer Planet. *Social Text*, *9*(4), 3-17.

Weeks, J. (1998). *The sexual citizen theory. Culture and society,* 15, 35-51.

Weeks, J. (1986). *Sexuality.* London: Routledge.

Whittemore, R., Chase, S. K. y Mandle, C. L. (2001). *Validity in qualitative research. Qualitative Health Research, 11*(4), 522-537.

Zola, K. (1981). El culto a la salud y la medicina inhabilitante. En Illich, I et al., Profesiones inhabilitantes. Madrid: Blume Ediciones.

Notas

[1] El término refiere a los varones que se sienten atraídos afectiva y/o sexualmente por otros varones.

[2] El término refiere a las mujeres que se sienten atraídas afectiva y/o sexualmente por otras mujeres.

[3] El término refiere a las personas que se sienten atraídas afectiva y/o sexualmente por varones y mujeres.

[4] El término refiere a las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo asignado al nacer. Las personas cuya identidad de género se corresponde con el sexo asignado al nacer se denominan cis género.

[5] El término refiere a las personas cuya anatomía sexual no se ajusta a lo esperado para un cuerpo ni de varón ni de mujer, ya que nacen con características biológicas de ambos sexos.

[6] Esta "invisibilidad" es algo que comparten tanto las políticas públicas como la literatura especializada. De hecho, la mayoría de la literatura que aborda la diversidad genérico-sexual deja por fuera a las personas intersex.

[7] Esto ha sido catalogado por la Comisión Interamericana de Derechos Hu-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a12

manos (CIDH) como una forma de violencia por prejuicio contra la diversidad corporal, y se ha recomendado a los estados miembros de la OEA que modifiquen su legislación y políticas para que no se realicen procedimientos innecesarios en niños, niñas y adultos intersex, cuando sean realizados sin su consentimiento, previo, libre e informado (salvo en casos de riesgo médico o necesidad).

[8] En este trabajo, se utilizarán variaciones de esta sigla que responden en gran medida al empleo de estas categorías en el discurso de las políticas públicas o de la literatura especializada: en ese sentido, se observa que por lo general "diversidad sexual" se asocia a las personas LGBT, pero también a las personas LGB (es decir, sin considerar a las personas trans), o con menor frecuencia, a las personas LGBTI (ya que como se indicó previamente, las personas intersex han sido en gran medida invisibilizadas, hasta por la propia literatura que aborda diversidad sexual). En la literatura de corte epidemiológico, se utilizan asimismo categorías como HSH ("hombres que tienen sexo con hombres") en vez de referirse a términos que se interpretan en clave identitaria (como "gay", "bisexual" u "homosexual").

[9] Ver: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles-sp/. Última fecha de consulta: 16/11/2017.

[10] Para una revisión más exhaustiva de la normativa internacional y regional sobre diversidad sexual y salud, ver: Rocha, 2015 y Forrisi y Gelpi, 2015.

[11] Esta y toda subsiguiente cita de una fuente en otro idioma ha sido traducido al español por la autora.

[12] Disponible en: http://www.equityhealthj.com/content/8/1/18. Última fecha de consulta: 02/12/17.

[13] Un ejemplo de ello es la campaña internacional "Stop Trans Pathologization", que plantea retirar la clasificación de los procesos de tránsito entre los géneros como trastorno mental del DSM y la CIE, el acceso a una atención sanitaria públicamente cubierta para las personas trans, la promoción del modelo del consentimiento informado, el reconocimiento legal de género sin requisitos médicos, la despatologización de la diversidad de género en la

infancia y la protección contra la transfobia. De esta campaña, cuya acción principal consiste en la convocatoria a un Día Internacional de Acción por la Despatologización Trans en octubre de cada año, participan más de 400 organizaciones de África, América Latina, América del Norte, Asia, Europa y Oceanía (ver: http://stp2012.info/old/es. Última fecha de consulta: 02/12/17).

[14] Debe indicarse no obstante que los sistemas de salud difieren en la prioridad que le dan al acceso universal a la salud; en este sentido, los dos tipos ideales son el modelo basado en derechos, y el modelo basando en el mercado. En los sistemas que se basan en el acceso universal asociado a las políticas de bienestar, la equidad se relaciona con el acceso en términos de que todas y todos los usuarios tengan la misma oportunidad de acceder al mismo, vinculando la igualdad de oportunidades con eliminar las barreras económicas para ello (apostando así por sistemas de salud integral financiados públicamente). Estos sistemas se basan en la noción de la salud como un derecho humano, previendo por ello responsabilidades estatales tanto para asegurar como para proveer las bases para garantizar dicho derecho. En contraste, los sistemas que se orientan por mecanismos de mercado tratan a la salud como una mercancía, por lo que la provisión de la misma se deja librada al mercado y a la capacidad individual de pago, garantizando focalizadamente ciertos servicios para aquellos que no pueden costearlos.

[15] "La homofobia, como el racismo y la misoginia representan obstáculos mayores para el pleno disfrute de los derechos humanos que toda persona ciudadana debe tener garantizados. De hecho algunos investigadores sobre el tema han planteado que en la sociedad occidental en donde se condena el racismo y el antisemitismo, y en donde la misoginia ha perdido legitimidad, la homofobia permanece quizás como el último prejuicio aceptado socialmente" (Toro, 2012: 72).

[16] En los varones homosexuales, ciertos tipos de cáncer, mayor consumo de alcohol y tabaco, mayor propensión a las ITS; en las mujeres lesbianas, se observa mayor propensión al cáncer cervical y ovárico, mayor consumo de alcohol y tabaco, problemas de salud reproductiva; en las personas bisexuales, mayor riesgo frente a infecciones de transmisión sexual y barreras particulares para acceder a la atención de salud debido a la falta de conocimiento por parte de los proveedores de salud; en las personas trans, dificultades de ac-

ceso a cirugías de readecuación corporal, ciertos cánceres relacionados con las terapias de hormonización, complicaciones asociadas al uso de esteroides, complicaciones por intervenciones quirúrgicas, el experimentar rechazo cuando asisten al sistema para atenderse por problemas de salud de baja complejidad; en las personas intersexuales, falta de educación y formación de los profesionales de la salud, cirugías no consensuales de readecuación corporal, retención de información, presiones para adecuarse a un género cis (Mulé, et al., 2009).

[17] Para acceder a esta literatura, en primera instancia se realizó una búsqueda amplia en bases de literatura académica especializada en salud (mediante el buscador Pubmed). Los términos de búsqueda incluyeron: "public policy", "access to health", "health policy", "universal care", "equity in health care", "human rights", "sexual diversity", "homosexuality", "lesbian", "gay", "bisexual", "transgender", "transsexual"; "gender identity", "intersex", "queer", "LGBT", "LGBTQ", LGBTQI". Las especificaciones de la búsqueda incluyeron que se tratara de artículos que efectuaban revisiones de literatura, cuyo texto completo fuera accesible: se recuperaron así 56 artículos que cumplían con estos criterios. Posteriormente se amplió la búsqueda para incluir literatura en español, utilizando los mismos términos de búsqueda, recurriendo a la base de la Biblioteca Virtual en Salud (BVS) e incluyendo literatura gris (artículos de debate, artículos en publicaciones no arbitradas). Para lograr la mayor amplitud posible, la búsqueda de bibliografía se realizó sin restricción de marco temporal. Debe indicarse no obstante que en su gran mayoría, se observó que esta literatura no reconoce a las personas intersex. Debido a ello, en este apartado se hace referencia prácticamente en exclusividad a las personas LGTB.

[18] En su formulación inicial, este modelo fue propuesto por Lalonde (1981) y ampliado posteriormente por Epp (1986).

[19] Ello se inspira en el planteo de Crenshaw (1989), quien a través de este enfoque analiza la generación de situaciones y experiencias únicas de discriminación a partir de la intersección entre diferentes sistemas de opresión.

[20] El término HSH es de uso frecuente en la literatura vinculada al VIH/SIDA, particularmente desde el ámbito epidemiológico. Sin embargo, debe indicarse

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a12

aquí que el término –y su vinculación con la forma en que se aborda tanto la infección como la prevención– ha recibido críticas, debido a que se considera que "reduce el hecho homoerótico a la marginalidad de una minoría" (Núñez, 2007: 350) sin permitir ver su amplia presencia en el cuerpo social y dinámicas deseantes. Según indica Núñez, a través de este término se circunscriben prácticas a un grupo que se reconoce con otras identidades, siendo el abordaje a su vez insuficiente para designar a un grupo con una identidad estable como tal. En este trabajo se emplea el término solo cuando se utiliza como categoría en la literatura o información analizada.

[21] Según indica García Prince, "Las políticas de igualdad surgen y se desarrollan dentro de los contextos políticos de aquellos Estados con vocación social y han sido instrumentos de avanzada en el Estado del Bienestar. Representan las respuestas claves a las desigualdades, y en el caso de las desigualdades de género, se constituyen en instrumentos insustituibles para el logro de la igualdad sustantiva o de hecho. La necesidad de la existencia de políticas de igualdad ha sido demostrada ampliamente por la coincidencia de los diagnósticos que han puesto en evidencia que aún en los casos donde las políticas sociales y económicas tienen carácter universal y distributivo o redistributivo de los recursos que se asignan, las discriminaciones de género no desaparecen. Las políticas de igualdad han representado un avance significativo frente a las anteriores tradiciones de políticas públicas que eran políticas 'ciegas al género' o 'neutrales al género'" (2008: 40).

[22] Teóricamente, ello distingue al *mainstreaming* del enfoque de transversalización, que no refiere necesariamente a la corriente principal de una política (Beramendi, 2012). Sin embargo, en español muchas veces los términos se utilizan de modo intercambiado, particularmente en el ámbito de las/los hacedores de políticas.

[23] Ver: http://www.un.org/womenwatch/osagi/gmfpstudy.htm. Última fecha de consulta: 16/10/2017.

Doctrina

Pablo Soto Delgado✉

El giro conservador en torno a las sanciones administrativas por obra del Tribunal Constitucional en Chile: transformando a la Administración en juez para desproteger el interés público

A Conservative Turn on Administrative Sanctions in Chile: Transforming the Administration into a Judge to Unprotect the Public Interest

Uma viragem conservadora em matéria de sanções administrativas no Chile: transformando a administração em um juiz para desproteger o interesse público

Resumen: *El artículo analiza el giro conservador del Tribunal Constitucional chileno en torno al Derecho administrativo sancionador, cuya última manifestación ha sido la declaración de inconstitucionalidad de la potestad sancionatoria de la agencia encargada de proteger los derechos del consumidor. Las consecuencias de esta decisión para la institucionalidad del consumo y regulatoria en general justifican este trabajo, que controvierte la definición de la actividad sancionatoria administrativa como una función naturalmente jurisdiccional, así como la aseveración según la cual la Administración actúa como "juez y parte" cuando aplica sanciones.*

Palabras clave: *sanciones administrativas, derecho administrativo sancionador, imparcialidad de la administración, separación de poderes, separación de funciones, cumplimiento regulatorio, derecho del consumo.*

Abstract: *The paper analyzes the conservative turn of the Chilean Constitutional Court regarding administrative sanctions, whose last manifestation is the unconstitutionality of the sanctioning power granted to the consumer protection agency. The*

✉ Profesor de Derecho Administrativo. Investigador adjunto, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.
✉ *pablo.soto@mail.udp.cl*

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

consequences of this decision for Consumer Law and regulatory institutions justify this article that disputes the definition of the administrative sanctioning activity as a naturally jurisdictional function, as well as the assertion that the Administration adopts necessarily biased decisions when imposes sanctions.

Keywords: *administrative sanctions, administrative sanctioning law, impartiality of the administration, separation of powers, separation of functions, regulatory compliance, consumer law.*

Resumo: *O artigo analisa a viragem conservadora do Tribunal Constitucional chileno sobre as sanções administrativas, cuja última manifestação foi a declaração de inconstitucionalidade do poder sancionador da agência que protege os direitos dos consumidores. As conseqüências desta decisão para o Direito do Consumidor e as instituições reguladoras justificam este trabalho que contesta a definição da atividade de sanção administrativa como uma função natural do Poder Judiciário, bem como a afirmação de que a Administração adota decisões necessariamente parciais quando sanciona.*

Palavras-chave: *sanções administrativas, direito sancionatorio das autoridades reguladoras, imparcialidade da administração pública, doutrina da separação dos poderes, separação das funções, conformidade regulatória, direito do consumidor.*

Agradecimientos: *El autor agradece los valiosos comentarios y sugerencias que la profesora Francisca Barrientos (Universidad Diego Portales, Chile) y los dos árbitros anónimos de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de La República Oriental del Uruguay efectuaron a la versión preliminar del artículo.*

Recibido: 20180221
Aceptado: 20180328

Introducción

El Poder Legislativo chileno se comprometió con una reforma a la Ley Nº 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores (LPDC) mediante la cual superaba el modelo de la agencia administrativa a cargo de la materia, denominada Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), transformándola en un órgano similar a los reguladores sectoriales que en Chile tienen capacidad de fiscalizar y sancionar a aquellos que incumplen la regulación. El rediseño incorporaba, también, una instancia de mediación y conciliación entre consumidores y proveedores. El proyecto, sin embargo, encontró una dura oposición en el TC que declaró —confirmando una tendencia que, como se verá, ya se anunciaba— la inconstitucionalidad de la atribución de potestad sancionatoria administrativa. Para ello, el TC aseveró que las sanciones sólo pueden ser aplicadas por un órgano judicial.

Las consecuencias sistémicas que esa decisión puede tener para el Derecho administrativo chileno motivan el presente artículo, que pretende acreditar dos hipótesis. Según la primera de ellas, el TC se encuentra en medio de un giro conservador tratándose del Derecho administrativo sancionador. De acuerdo con la segunda hipótesis, no se encuentra justificado que la sanción administrativa deba ser definida como una función naturalmente jurisdiccional, como tampoco lo está la consigna según la cual la Administración actúa como "juez y parte" cuando aplica sanciones. Para cumplir con lo anterior, en este texto se analiza la evolución jurisprudencial y doctrinaria en torno al tema, revisándose, luego, el fallido proyecto de ley de fortalecimiento del SERNAC, que culminó con declaración de inconstitucionalidad de las normas que otorgaban potestad sancionatoria al órgano administrativo, proporcionándose, además, argumentos de alcance general en contra de la tesis de fondo del TC para fundar su decisión, explicándose, asimismo, los efectos de esta para el Derecho del consumo y la institucionalidad regulatoria chilena.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

Necesidad de las sanciones administrativas

Es una función administrativa hacer cumplir el Derecho legislado. Siendo la legislación un instrumento social, existe un imperativo moral de que los propósitos en ella establecidos se consigan de modo efectivo (Rubin, 1989, 426). Esto significa que la eficacia del Derecho juega un papel fundamental en el cometido de la actividad de la Administración del Estado, que constituye un modelo organizacional especialmente apto para hacer efectivos los anhelos colectivos de las personas y posibilitar sus derechos individuales (Rubin, 2005, 185-186). En tal esquema, las sanciones administrativas son medidas cuyo objetivo es que el derecho se cumpla (Soto Delgado, 2016, 194); son herramientas de incentivo para evitar la contravención a la regulación (Letelier, 2017, 666). Por lo tanto, la función de las sanciones administrativas es disuadir ciertas conductas, o bien, motivar otras, según la valoración que el legislador haya efectuado. Como certeramente se ha dicho, "(l)a sanción administrativa es (...) un instrumento auxiliar para la consecución del interés general perseguido en un sector administrativizado" (Parejo, 2014, 10). De ahí que una política pública sancionatoria sea inevitable, considerando la necesidad estatal de intervención:

> no podemos pedir la protección del Estado contra las manipulaciones peligrosas de alimentos y luego quejarnos de que se sancione a quien ha alterado la proporción de unos aditivos de nombre enrevesado. No podemos exigir al Estado que nos garantice la seguridad del tráfico y luego quejarnos de las multas que se imponen por no respetar las señales de un semáforo (Nieto, 2012, 31).

Un régimen sancionatorio —necesidad que, por lo demás es característica de la coacción de todo el derecho como específica técnica social (Kelsen, 1941, 79)— ha de quedar radicado en la Administración cuando, precisamente, se encarga a una agencia administrativa el resguardo, supervisión y fiscalización de cierto sector social o económico. Es un asunto de eficacia otra vez, puesto que, de lo contrario (por ejemplo, obligando a la Administración para que denuncie ante un tribunal la imposición de sanciones sin que pueda hacerlo por sí misma), se elevan los costos para que la agencia logre cumplir las finalidades que el legislador le ha encomendado concretar como efecto en la realidad. Si el Derecho debe cumplirse, nada más contradictorio que poner trabas para que ello no suceda. Por ello, a nivel comparado, en los últimos

años se han llevado a cabo reformas fundamentales tendientes a la administrativización de la potestad sancionatoria; así ha acontecido, por ejemplo, en el Reino Unido con la *Regulatory Enforcement and Sanctions Act*, de 2008, cuyo principal impulsor sostenía, entre las ventajas prístinas de un régimen administrativo sancionatorio, que el respectivo órgano regulador dispone de mejor información, como experto competente en un sector, para decidir la aplicación de la sanción y su cuantía, lo cual es "valioso en áreas complejas y técnicas donde los tribunales (...) pueden no tener una experticia de nivel equivalente" (Macrory, 2006, 48).

"La voz de los ochenta": sancionar siempre equivale a juzgar

En Chile, la potestad administrativa sancionatoria no se ha considerado mayoritariamente desde la perspectiva del cumplimiento regulatorio y, por el contrario, se la ha enmarcado y evaluado sobre la base de la desconfianza en la intervención estatal. Esto fue especialmente característico durante la tendencia desregulatoria occidental que, desde fines de los años setenta del siglo XX, promovía una reducción del Estado (Pierson, 1994, 13 y ss.). Además de este contexto general, en el caso chileno, la política de apertura económica llevada a cabo durante la Dictadura civil-militar, así como el decidido rechazo a las prácticas estatistas del Gobierno socialista previo (Muñoz, 1994, 33), impactaron en el Derecho público nacional, que desarrolló ideas contrarias al esquema sancionatorio de la Administración, al tratarse de una forma de control estatal.

En efecto, durante la década de los ochenta del siglo pasado, una influyente doctrina puso en cuestión la constitucionalidad de la atribución de potestad sancionatoria a las agencias administrativas, lo que se efectuó mediante un sencillo argumento, a saber, sosteniendo que el otorgamiento de facultades sancionadoras a la Administración es inconstitucional porque sólo el Poder judicial puede estar dotado de potestades sancionatorias. El artífice del argumento sostenía que:

> sólo los tribunales de justicia son los habilitados para juzgar contiendas entre partes, y por lo tanto condenar a una de ellas a determinada prestación u omisión; son ellos los únicos que constitucionalmente han sido provistos de potestades jurídicas sancionadoras, esto es para imponer jurídicamente, de acuerdo a Derecho, una lesión, un detrimento,

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

> una sanción a un sujeto determinado, natural o jurídico, público o privado. (Soto Kloss 1979-1980, 96).

El planteamiento descansa sobre la idea de que la actividad sancionatoria es, por definición, jurisdiccional: "sancionar es juzgar" (Soto Kloss, 1979-1980, 96). Desde esta escueta premisa, se concluye que la Administración no estaría, pues, autorizada para detentar atribuciones sancionadoras, como hace notar Aróstica unos años después, señalando:

> No cabe duda entonces, a la luz del régimen constitucional chileno, que a la Administración le compete "conservar" el orden público interno, vale decir, le está encomendado remover los obstáculos o trabas puestas por particulares a ese orden, o impedir que se consumen sus efectos; mas la represión, el castigo, la sanción por infracciones a sus propias disposiciones, de cualquier orden, está a cargo del juez imponerla al culpable, ya de oficio, ya por denuncia o requerimiento de los agentes administrativos, y cumplido previamente el racional y justo procedimiento que el Derecho Natural reclama y que hoy asegura la CP 1980 (art. 19 N° 3 inc. 5º). (Aróstica, 1988, 43).

Este profesor constataba, sin embargo, que el argumento se estrellaba con la práctica y, como la idea de transferir toda la potestad sancionatoria al juez era inviable, opinaba que:

> la prudencia impone (...) una respuesta paliativa y parcial pero efectiva, sobre la base de hacer concurrir, en forma copulativa, tres factores distintos:
>
> a) hacer retomar al juez aquellas potestades sancionatorias más rigurosas, excluyéndolas de la esfera administrativa.
>
> b) consentir en manos de la Administración un poder represivo mínimo, no tanto en cuanto a cantidad sino en cuanto a retornar a aquella levísima posibilidad prevista por el Código Penal, y susceptible de control judicial, y
>
> c) para tal efecto, proyectar sobre este poder los principios jurídico-penales garantizadores de los derechos fundamentales (...) (Aróstica, 1988, 48).

De los tres elementos de la propuesta de este autor, los dos primeros no tuvieron influencia en el diseño institucional futuro (el actual), pero la última idea (la proyección, sobre el Derecho administrativo sancionatorio, de los principios jurídicos penales) concordó con el tránsito experimentado por la jurisprudencia y la doctrina chilena en torno a las sanciones administrativas, como se verá luego.

La práctica del TC: sancionar administrativamente no es juzgar

Durante los años noventa, cuando por fin llegó el turno de evaluar los cuestionamientos en contra de la atribución de potestad sancionatoria a las agencias administrativas, el TC resolvió que no había inconstitucionalidad en ese diseño legislativo. Al efecto, la judicatura constitucional produjo abundante jurisprudencia que se desarrolló, precisamente, en sentido contrario al que la doctrina de los años ochenta proponía, a saber, dejando de concebir la sanción administrativa como un acto *naturalmente* jurisdiccional.

Así se pronunció el TC ya en 1991, cuando un conjunto de parlamentarios solicitó que se declarara inconstitucional un Decreto Supremo del Ministerio de Justicia, que disolvía una entidad sin fines de lucro, cancelando su personalidad jurídica y disponía que los bienes de la corporación pasaran a otra entidad, también sin fines de lucro. El fundamento de la adopción de estas medidas se hallaba en el entonces artículo 559 del Código Civil[1]. Un punto central del caso estaba en si la Administración ejercía o no una función jurisdiccional al dictar el referido decreto, cuestión que controvirtió expresamente el Presidente de la República de la época, sosteniendo —en la presentación mediante la que contestaba el requerimiento parlamentario— que no se estaba ejerciendo una función jurisdiccional, sino de ejecución de la ley a través de un acto sancionatorio autorizado legalmente. Específicamente, el Primer mandatario adujo que la solicitud al TC pretendía “infructuosamente probar, que la administración carece de facultades constitucionales para imponer sanciones de carácter administrativo, elemento consustancial a la existencia de todo estado de derecho moderno” (Presidencia de la República, 1991, 30), agregando: el “Presidente de la República no está juzgando, sino imponiendo una sanción que la ley le ha ordenado aplicar, a fin de conservar el orden en el interior de la República” (Presidencia de la República, 1991, 30).

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

El TC fue persuadido por la defensa presidencial y rechazó el requerimiento, sosteniendo, entre otros motivos:

> Que el Presidente de la República al dictar un decreto de privación de la personalidad jurídica no está ejerciendo jurisdicción ni dictando una sentencia con efecto que produzca cosa juzgada, pues está cumpliendo sus funciones de Administrador de acuerdo al artículo 24 de la Carta Fundamental y ejecutando la ley vigente en conformidad al artículo 32, N° 8 de la Constitución. Por ello, el decreto que priva de la personalidad jurídica a una corporación de derecho privado es un acto administrativo tal cual lo califican los reclamantes en su presentación. (Tribunal Constitucional, 1991, 17°).

Y, siguiendo al profesor uruguayo Sayagués Laso, afirmó el TC:

> En el mismo sentido anterior se ha pronunciado la doctrina tal como lo señala el tratadista Enrique Sayagués Lazo (sic) al afirmar: "La decisión de la administración imponiendo una sanción es un acto administrativo típico y por consiguiente tiene la eficacia jurídica propia de tales actos. No constituye un acto jurisdiccional, ni produce cosa juzgada. Por lo tanto, puede ser atacada por los distintos procedimientos que el derecho establece para impugnar los actos administrativos". (Tribunal Constitucional, 1991, 18°).

El significado de esta sentencia es cardinal en el Derecho administrativo chileno, pues, los considerandos transcritos aparecen reiterados en diversos fallos dictados por el TC muchos años después. Así, a propósito de las potestades de la agencia recaudadora de tributos (Servicio de Impuestos Internos) para aplicar, rebajar o condonar sanciones, se dijo que ellas "no suponen ejercicio de jurisdicción" (Tribunal Constitucional, 2008, 12º)[2], línea que se ha dado por sentada, reproduciéndosela incluso en casos en que el TC ha declarado la inconstitucionalidad de algún precepto sancionatorio administrativo por falta de garantías para el administrado (Tribunal Constitucional, 2010, 24º).

La distinción entre función administrativa sancionatoria y judicial se ha hecho aún más nítida en un conocido caso de colusión entre competidores, donde un particular solicitó ante el TC la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad[3] de un precepto legal para la gestión judicial específica

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

en la que, a su juicio, habría de aplicar la garantía constitucional de no autoincriminación. Se trataba de un procedimiento que puede culminar con la aplicación de multas por un tribunal con competencia especial no criminal (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia) que integra el Poder judicial. El TC descartó la alegación, considerando que, si bien los principios penales pueden tener vigencia en el Derecho administrativo sancionador, no acontece lo mismo cuando el litigio se lleva a cabo ante un tribunal no penal. Para ello, debió diferenciar la potestad sancionatoria administrativa de la jurisdicción como categorías que se hallan decididamente separadas, afirmando:

> Que la potestad punitiva administrativa puede entenderse como "el poder con que actúan los órganos estatales no jurisdiccionales investidos de atribuciones para sancionar hechos ilícitos" (...). Por otro lado, según esta Magistratura, "se está en presencia de una función jurisdiccional cuando la atribución otorgada tiene por objeto resolver conflictos de relevancia jurídica, entendiéndose por tales aquellos que se originan cuando la acción u omisión de un individuo produce el quebrantamiento del ordenamiento jurídico, es decir, infringe la ley o norma reguladora de su conducta, sea permisiva, prohibitiva o imperativa" (...). A la luz de los conceptos presentados, no es posible sostener que el tribunal que conoce de la gestión pendiente de autos esté ejerciendo una potestad punitiva administrativa, sino una función jurisdiccional de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución, ya que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resuelve un conflicto de relevancia jurídica originado en la acción de un individuo que, aparentemente, ha quebrantado el ordenamiento jurídico, mediante un proceso y con efecto de cosa juzgada. (Tribunal Constitucional, 2013, 17º).

La jurisprudencia explicada da cuenta de que el TC, hace más de veinticinco años, había dejado de cuestionar la constitucionalidad de la atribución de potestad sancionadora a la Administración. De ahí que, sobre esta base, la discusión en Chile pudiera desplazarse, especialmente durante la primera década del siglo XXI, hacia los límites del diseño y ejercicio de la función de sancionar administrativamente, como se verá a continuación.

La jurisprudencia de los "matices" y el diferente régimen de sanciones administrativas y penas

Ante la imposibilidad práctica de eliminar la potestad sancionatoria de las agencias administrativas, en Chile parece haberse concretado parcialmente la solución de compromiso propuesta por el referido Aróstica, a saber, proyectando sobre aquella los principios procedimentales y materiales constitucionales del Derecho penal. En adelante, el TC impondría estándares para la aplicación de las sanciones administrativas (Cordero Quinzacara, 2014, 353 y ss.), con el objeto de garantizar los derechos de quien fuera imputado de infringir la regulación. El primer paso para avanzar hacia esta posición fue la sentencia que revisó, en un control preventivo y obligatorio[4], la constitucionalidad de la atribución al Servicio Agrícola Ganadero de conocer y sancionar las infracciones, conforme a la Ley de Caza. Allí, el TC, sin controvertir la constitucionalidad de la potestad administrativa sancionatoria, sostuvo que "los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado." (Tribunal Constitucional, 1996, 9º). En un segundo paso, el TC complementó este aserto y planteó una aplicación atenuada de los principios penales a las sanciones administrativas. La formulación precisa de esta tesis se encuentra expresada del modo siguiente:

> Aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado —el llamado *ius puniendi*— y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3º del artículo 19 (de la Constitución). (Tribunal Constitucional, 2006, 5º).

Como se ha dicho, luego de estas decisiones, el órgano de control de constitucionalidad se dedicó a instaurar los parámetros para que el legislador atribuyera la potestad sancionatoria a la Administración, así como las garantías para que ésta las aplicara, entre las que destacan: la existencia de un procedimiento administrativo previo; el derecho a defenderse efectivamente; la imposibilidad de adoptar medidas contra la libertad personal; la revisión judicial obligatoria; y el principio de proporcionalidad (Cordero Vega, 2015, 512).

Ciertamente, en Chile se produjo una discusión doctrinaria en torno a la diferencia cualitativa o cuantitativa entre sanciones administrativas y penas (Hernández, 2011, 447). En una primera instancia, la tesis del *ius puniendi* unitario parecía resolver la cuestión por la vertiente cuantitativa, pero la consistente exigencia de los matices, desde el TC, movió la controversia, luego, hacia el cualitativismo (Vallejo, 2016, 285). Esta opción significó, para el Derecho administrativo sancionatorio chileno, que no debía aplicarse *simpliciter* el estatuto penal a las sanciones administrativas, porque los matices de los principios impiden la transferencia automática y en los mismos términos, requiriéndose, pues, adecuaciones. De ahí que, sobre la base de la jurisprudencia recién revisada, se produjera una suerte de régimen jurídico autónomo para las sanciones administrativas. Precisamente, como, por una parte, el TC elaboró la idea de que la competencia sancionatoria de la Administración del Estado es una función que cabe distinguir de la jurisdiccional, y por otra, delineó los límites matizados de esa atribución, la consecuencia obligada de estos dos argumentos fue la constitucionalización —sustentada precisamente en la interpretación de la judicatura constitucional— de las sanciones administrativas *en esos términos*, así como un desarrollo legislativo que se apropió de tales parámetros que flexibilizaban los principios penales, con lo cual, sanciones administrativas y penas criminales decididamente corrieron por vías separadas.

En esta línea, recientemente se ha afirmado —en un agudo análisis— que de *lege lata* los matices son tales que la misma tesis del *ius puniendi* unitario puede considerarse en crisis si se toma en consideración que en el Derecho administrativo sancionador chileno: (i) la imputación subjetiva es meramente formal; (ii) se prescinde de la tipicidad como norma para determinar la conducta; (iii) existiría un principio de oportunidad en la persecución; y (iv) hay un bajo costo estatal en la aplicación de las sanciones administrativas (Van Weezel, 2017, 1009-1017). Estas características del ámbito sancionatorio administrativo constituyen una profunda brecha respecto al Derecho penal que, además, se complementa con la apertura del primero a criterios prevencionistas o de disuasión (Van Weezel, 2017, 1008), cuestión que ha permitido idear modelos de cumplimiento regulatorio basados, por ejemplo, en optimizar económicamente la sanción administrativa, calculando los beneficios y costos sociales de su imposición[5], como ha sucedido en Chile con la regulación medio ambiental (Superintendencia del Medio Ambiente, 2018).

Los indicios de un vuelco

Contrastando con la jurisprudencia y doctrina antes revisada, en dos casos de 2016 es posible hallar un cambio de criterio tendiente a producir una equivalencia entre la pena criminal y la sanción administrativa. El primero de ellos, de alto impacto público, involucraba la mayor multa de la historia aplicada por el regulador del mercado de capitales del país (la Superintendencia de Valores y Seguros). Aquí, se cuestionaba la constitucionalidad del artículo 29 del Decreto Ley Nº 3.538, que permitía a esa agencia aumentar el tope de la sanción hasta en un 30% del valor de la emisión u operación considerada irregular. Uno de los multados requirió al TC, que resolvió la inconstitucionalidad para el caso concreto de esa disposición, puesto que, en opinión de su mayoría, se vulneraba el principio de proporcionalidad, al no contener el precepto impugnado un parámetro objetivo para la determinación del *quantum* de la sanción (Tribunal Constitucional, 2016a, 49º). La doctrina produjo varios comentarios al fallo, algunos muy críticos, en especial por la asimilación entre sanciones administrativas y penales (Letelier, 2016), y porque parecía renunciar el TC a la idea de los matices en el Derecho administrativo sancionador, al punto de exigir mayores garantías para la determinación de la multa, en comparación con las requeridas para cuantificar la pena criminal (Soto Delgado, 2017, 316 y ss.).

Poco tiempo después el TC hizo una afirmación más contundente. En efecto, en otro requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, se solicitó la declaración de ineficacia concreta del precepto que regulaba las sanciones administrativas en materia medio ambiental mientras entraba en vigor la nueva institucionalidad de ese sector regulado[6]. “En caso de incumplimiento” —versaba el inciso 1º del artículo único de la Ley Nº 20.473— procedía “la amonestación, la imposición de multas de hasta quinientas unidades tributarias mensuales e, incluso, la revocación de la aprobación o aceptación respectiva (...).”[7] El TC declaró que el precepto reseñado no cumplía la Constitución puesto que vulneraba el mandato de tipicidad y el principio de proporcionalidad, sosteniendo:

> Que este Tribunal tiene dicho que a las sanciones administrativas les son aplicables idénticas garantías y principios que rigen a las penas penales, contempladas en la Constitución Política, por configurar ambos órdenes de materias manifestaciones de un mismo *ius puniendi* del Es-

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

> tado; así sea porque no cabe tratar peor al administrado que al delincuente (...). (Tribunal Constitucional, 2016b, 14º).

Este juicio se contrapone rotundamente a la jurisprudencia promovida con anterioridad por el TC; se trata de una relectura de la opinión de ese órgano de control de constitucionalidad, puesto que no son ya los principios penales con "matices" los que deberían regir las sanciones administrativas, sino "idénticas" garantías y principios.

Por último, a fines de 2017, sólo unos días antes de resolver la inconstitucionalidad de las disposiciones sancionatorias del proyecto de fortalecimiento del SERNAC —que se analizará enseguida—, el TC decidió, también en un control preventivo, la inconstitucionalidad de la modificación legislativa que, en materia de aguas, transformaba el régimen infraccional vigente (donde quien sanciona es un juez de policía local) en uno administrativo, a cargo de la Dirección General de Aguas. Para el TC, el intento de reforma legal lesionaba la Constitución "al eliminar las garantías del acceso al juez independiente e imparcial y del debido proceso legal" (Tribunal Constitucional, 2017, 26º), afirmándose, enseguida, que:

> las disposiciones del proyecto analizadas eliminan las facultades del Juez de Policía Local competente, dejando a la total discrecionalidad de la autoridad administrativa —Dirección General de Aguas— tanto la determinación de la concurrencia o no de la infracción, la apreciación de los presupuestos fácticos que la configuran, y la fijación determinación (...) del monto de la multa y su forma de pago, asuntos que la ley entrega actualmente a la competencia de los tribunales de justicia.
>
> Así, los preceptos del proyecto bajo análisis menoscaban del todo el derecho de las personas de acceder a un tribunal independiente e imparcial que resuelva las controversias entre el Estado y los particulares o terceros que también pudieren verse perjudicados, lo que dentro de un Estado de Derecho, constituye una garantía de aquellas frente a la potestad sancionatoria del Estado (Tribunal Constitucional, 2017, 27º).

Como lo hizo notar la academia —que calificó el fallo como un "agravio" a los desarrollos dogmáticos del Derecho administrativo chileno (Letelier, 2018)—, no se entiende de qué manera conferir potestad sancionatoria a la

Administración del Estado importa conculcar tales derechos, puesto que el Código de Aguas contempla una norma independiente que asegura la reclamación judicial de las resoluciones de la Dirección General de Aguas. El TC parecía querer impedir cualquier cambio del régimen vigente (Valdivia, 2018), sin que quedaran claras sus razones, que finalmente serían explicitadas al declarar la inconstitucionalidad de la potestad sancionatoria del SERNAC.

El proyecto que atribuía potestad sancionatoria a la agencia a cargo del consumo

En medio del movimiento recién explicado, el legislador chileno tramitó un proyecto de ley cuyo objeto era fortalecer la agencia encargada de resguardar los derechos de los consumidores, rediseñándola con arreglo a la jurisprudencia que, desde los años noventa del siglo XX el TC había estabilizado. Como se dijo, la tesis de los matices posibilitó un desarrollo legislativo que confirió una específica fisonomía a la potestad administrativa sancionatoria, lo cual consolidó, asimismo, un modelo de agencia regulatoria, denominado "superintendencia", que concentra potestades normativas, de fiscalización y sanción en el respectivo mercado en el que tiene competencia (Camacho, 2008, 264 y ss.). Al no existir inconstitucionalidad alguna, el legislador siguió creando esas entidades, sofisticando especialmente los procedimientos previos a la dictación del acto administrativo sancionatorio, con el objeto de otorgar garantías a quienes son señalados como incumplidores de la regulación[8]. Si bien se ha planteado que esos órganos no son independientes del poder político (Cordero Vega y García, 2012, 421-422), esa situación no es inconstitucional en el ordenamiento jurídico chileno. A pesar de esto, igualmente se han formulado en el Derecho positivo soluciones organizacionales, por ejemplo, estableciéndose "murallas éticas": dispositivos cuyo objeto es impedir el flujo de información entre partes que en una institución puedan tener conflictos de interés (Bush y Wiitala, 2004, 1). Estos son arreglos orgánicos *dentro* de las superintendencias, destinados a separar funcionalmente las actividades de fiscalización, investigación y sanción, para evitar el reproche actuar sesgadamente contra el eventual infractor.

Este conocido y probado esquema no se encontraba, sin embargo, vigente en el país para la protección de los derechos del consumidor. En efecto, el SERNAC no tenía facultades sancionatorias ni normativas, debiendo, lo mismo que el consumidor afectado, denunciar ante el órgano jurisdiccional

(juez de policía local) el incumplimiento de la LPDC para que este sancionara —en un juicio— al infractor. En opinión del legislador, este diseño era problemático, puesto que, salvo en los casos en que podía litigar el SERNAC, ponía de cargo de quien estaba en peor posición en la relación de consumo —el consumidor— la carga del litigio contravencional (Presidenta de la República, 2014, 7). Por lo mismo, fue necesario promover una iniciativa que tuviera por objeto mejorar la protección del consumidor, por la vía de fortalecer al SERNAC.

Entre los aspectos más relevantes del proyecto, que terminó aprobado por una amplísima mayoría en el Congreso (Presidente de la Cámara de Diputados, 2017), se encontraba —como se adelantó— la atribución de potestad sancionatoria al SERNAC, antes radicada exclusivamente en el juzgado de policía local. En adelante, el consumidor podría optar por denunciar al proveedor infractor ante la Administración, o bien, ante el juez (artículo 50 A).El legislador articuló una agencia administrativa con poder para imponer la regulación del consumo, a través de medidas sancionatorias, aunque éstas no eran la única herramienta para conseguir el cumplimiento regulatorio, ya que, al término del procedimiento sancionatorio, el SERNAC podría también ordenar el cese de la conducta infractora y prescribir medidas innominadas cuyo objeto fuera "prevenir o corregir la infracción específica" (artículo 50 N).

En lo que concierne a las multas, se aumentaron sustancialmente, con el objeto de "incrementar la capacidad disuasiva del sistema" (Presidenta de la República, 2014, 11). Tratándose de las infracciones, éstas prescriben en dos años desde su cese (artículo 26), y para la imposición de las sanciones se había regulado un procedimiento administrativo previo (artículo 50 G y siguientes), con criterios explícitos para la determinación de la cuantía de la multa (artículo 24).

Resulta claro que, según lo indicaba el artículo 50 B del proyecto, regía la Ley Nº 19.880 de Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado (LBPA), con todas sus garantías. Adicionalmente, el legislador adoptó resguardos, estableciendo las murallas éticas a que antes se hizo mención, fragmentando en distintos funcionarios del SERNAC la fiscalización (artículo 58 inciso 8º); la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio (artículo 50 H); y la dictación de la resolución sancionatoria, que sería emitida por el director regional del servicio

(artículo 50 M), sin acceso al Director Nacional para el recurso jerárquico (artículo 50 O).

En la línea anterior, el proyecto reforzaba las garantías a favor del infractor, las que, al mismo tiempo, hacían más costoso al servicio dar eficacia a la regulación en el ámbito del Derecho del consumidor. Esto se manifestaba:

a) Al disponer un control de mérito para iniciar el procedimiento sancionatorio (50 G inc. 2º). Se trataba de una suerte de evaluación de admisibilidad en el campo de los reclamos individuales, donde los consumidores generan mayor cantidad de solicitudes al servicio.

b) Otorgando al "proveedor" el derecho de que, en cualquier momento del procedimiento, pudiera aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio (artículo 50 H inciso 1º). Esta regla podía conflictuar con la del artículo 10 de la LBPA[9], que confiere ese mismo derecho a los "interesados" en el procedimiento administrativo en virtud del principio de contradictoriedad. Bajo los criterios clásicos de especialidad y de temporalidad, el nuevo artículo 50 H parecía reducir el ámbito de titulares de este derecho, que sólo se otorgaba al proveedor-infractor, mejorando, por lo tanto, su posición en comparación con cualquier otro interviniente (interesado) en el procedimiento administrativo.

c) Impidiéndose la exigibilidad de la resolución sancionatoria si no se encontraba firme (artículo 50 O), alterándose así el régimen de ejecutoriedad general del artículo 51 de la LBPA[10]. Esto es una forma de aplazamiento del pago de la multa; un obstáculo para que el SERNAC sancionara, empeorando el incentivo dirigido al proveedor para que este no llevase a cabo conductas contrarias a la regulación, contraviniéndose así el fin disuasivo que el Mensaje presidencial del proyecto de ley declaró.

d) Excluyendo el cobro ejecutivo de las multas del régimen de cumplimiento incidental ante el juzgado de policía local respectivo, entregándolo a las reglas generales de ejecución, considerando que las resoluciones que apliquen multas tendrán mérito ejecutivo (artículo 50 Ñ). Esta valla torna más lento el desembolso pecuniario por parte de un proveedor cuando ya se ha acreditado con fuerza de cosa juzgada que

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

ha infringido la regulación. Si es posible retardar el pago, el nivel de disuasión disminuye.

El proyecto contenía un control judicial de la actuación sancionatoria del SERNAC, en única o doble instancia, según si la cuantía de la multa excedía o no cierto monto (artículo 50 O). Se trataba de un reclamo de legalidad, cuya característica más relevante, en lo que concierne a la sanción administrativa, era su alcance, pues, podría recaer sobre cuestiones procedimentales y también de fondo. En efecto, el inciso 2º del artículo 50 O dispuso que la revisión judicial podía versar acerca de "aspectos tanto formales como sustantivos cuando, al conocer de la reclamación, (el juez) realice un control sobre la legalidad de la resolución." En consecuencia, desde el punto de vista de su conformidad con la ley, podía ser objeto de control judicial todo el procedimiento administrativo sancionatorio, desde su iniciación hasta el acto terminal.

Como se aprecia, el proyecto de ley contenía una regulación asaz favorable para el proveedor involucrado en el procedimiento administrativo sancionatorio. No sólo se estableció un régimen apropiado de garantías para el proveedor infractor, sino que, en algunos puntos, se excedió en reforzarlas, cuestión que, a poco de iniciarse la tramitación en el Parlamento fue advertida (Soto Delgado, 2015, 6) y que, recientemente —luego de la declaración de inconstitucionalidad del TC que en la sección siguiente se revisará—, reconoció el Director del SERNAC[11].

La inconstitucionalidad de la potestad administrativa sancionatoria

La Constitución chilena instituyó un control de constitucionalidad preventivo que, desde el punto de vista del Derecho comparado es bastante excepcional. Se trata de la revisión de un proyecto de ley antes que produzca sus efectos y, por ende, es ineficaz detectándolos (Verdugo, 2010, 219 y ss.).Precisamente, en una instancia de esta naturaleza, el TC resolvió declarar inconstitucionales varias de las disposiciones del proyecto de ley que fortalecía la LPDC, como se verá en lo que sigue.

La sentencia tiene un razonamiento que se enmarca en la versión que el Derecho público de la década de los ochenta del siglo XX propugnaba, a saber, que cuando un órgano administrativo ejerce la potestad sancionatoria en verdad ejecuta una actividad jurisdiccional. Esto no es una *conclusión*,

sino que es un *presupuesto*, lo que se ve claramente cuando, luego de exponer en extenso cuáles son las disposiciones del proyecto que se controlarán (entre las que se cuentan, ciertamente, aquellas que atribuyen funciones sancionatorias al SERNAC, y fijan el procedimiento administrativo para ello), el TC sostiene, respecto a las normas que ha transcrito, que ellas modifican los roles administrativos y jurisdiccionales contenidos en la LPDC, aseverando a renglón seguido que:

> mientras la normativa vigente le asigna al Servicio Nacional del Consumidor funciones encaminadas a desarrollar una acción preventiva y fiscalizadora en la materia, consistente esta última en la obligación de poner en conocimiento de los tribunales las infracciones a la presente ley, ahora el Proyecto permite que las denuncias y reclamaciones que indica se puedan radicar tanto en sede administrativa como en sede jurisdiccional. (...) Con independencia de si estos contenciosos entre consumidores y proveedores se habrían de dirimir por un servicio público o por el juzgado competente, es lo cierto que *ellos importan el ejercicio de una misma y única función inherentemente jurisdiccional* (...). (Tribunal Constitucional, 2018, 27º).

Varios considerandos adelante, el TC comienza a agregar argumentos a su proposición: los problemas del proyecto consistirían en que, de una parte, desnaturaliza la función administrativa, al no caber en esta el ejercicio sancionatorio, que es jurisdiccional; y, de otra, el SERNAC carece de la imparcialidad de un órgano judicial. De este modo, "mientras en el régimen actual el Servicio Nacional del Consumidor ejerce unos cometidos de fiscalización que *se corresponden con su pertenencia a la Administración del Estado*, dejando entregado a los juzgados competentes la sanción y corrección de las infracciones a la normativa de que se trata" (Tribunal Constitucional, 2018, 33º); adicionalmente, las "potestades jurisdiccionales para arbitrar conciliaciones, sancionar a los proveedores y adoptar toda clase de medidas conservadoras y cautelares respecto de los derechos de los consumidores, (...) sólo pueden ser adoptadas por un tribunal independiente e imparcial, características que éste no reúne" (Tribunal Constitucional, 2018, 33º). Por ello, prosigue:

> En esta sentencia pues no se cuestionan las normas que radican tales facultades para proteger a los consumidores en los tribunales; *se objeta que ellas no pueden residir en un organismo meramente administrativo*,

> en virtud de un principio básico del derecho público universal, cual es el de separación de funciones. (Tribunal Constitucional, 2018, 33º).

De seguida, el TC sostiene que de la combinación entre la existencia del régimen vigente (que separa la fiscalización administrativa de la sanción judicial) y una concepción de la relación de consumo como meramente civil o comercial, se sigue que el régimen debe permanecer de este modo (Tribunal Constitucional, 2018, 34º). (El razonamiento es, en efecto, ininteligible[12]).

Después, opina el TC que la resolución administrativa que pone término al procedimiento sancionatorio es en verdad una "sentencia" que, por si fuera poco, tendría autoridad de *cosa juzgada*. Ese acto terminal, que puede:

> ordenar el cese de las conductas infractoras, la restitución de los cobros que le parezcan improcedentes, así como adoptar indeterminadas medidas para evitar supuestas infracciones futuras (artículo 50 N), *al modo de una sentencia* que acoge una acción de amparo, y en que un juez cumple las funciones conservadoras que le atribuye el artículo 3° del Código Orgánico de Tribunales (...) *adquiere caracteres de sentencia todavía mayores*, si se observa que, en un juicio posterior, donde se demande alguna indemnización, no podrá discutirse la infracción ya declarada en ella (artículo 50 S). Un examen comparativo de textos legales afines, permite advertir que *este efecto de cosa juzgada* únicamente puede producirlo un acto jurisdiccional emanado de un tribunal (...). (Tribunal Constitucional, 2018, 35º).

Luego dirá el TC que el SERNAC es un "árbitro supremo" (Tribunal Constitucional, 2018, 38º). Ciertamente, debe aclararse que, si todo esto fuera cierto, el TC llevaría razón. Sin embargo, como se explicó al exponer las características del proyecto, éste dispuso un reclamo de ilegalidad en contra de la resolución que imponía la sanción administrativa y las otras medidas que el proyecto permitía, que se extendía a aspectos formales y sustantivos del acto. Además, la alusión que el considerando transcrito hace al artículo 50 S del proyecto omite referirse al hecho de que el efecto de cosa juzgada de la declaración de la infracción para fines indemnizatorios sólo se produce si existe —como expresamente lo estatuyó la misma disposición— una "resolución firme", esto es, si transcurrieron los plazos sin reclamársela *judicialmente*, o bien, cuando habiéndosela reclamado en su legalidad, *un juez*

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

consideró ajustada a derecho la sanción administrativa y las otras medidas. Nunca iba a estar firme *ab initio* el acto sancionatorio.

Para el TC, "todo este conjunto de antecedentes, analizados y concatenados entre sí, revelan inequívocamente que en estos casos el Servicio Nacional del Consumidor entraría a ejercer 'jurisdicción'" (Tribunal Constitucional, 2018, 36º), sin que esté —constitucionalmente, se entiende— autorizado. La sede en la que "naturalmente corresponde" (Tribunal Constitucional, 2018, 37º) resolver los conflictos entre proveedores y consumidores es la jurisdiccional.

> De donde se sigue que la materia —según lo prescrito en el artículo 76, inciso primero, de la Carta Fundamental— "pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley"(.) A lo anterior se suma el artículo 19, N° 3°, inciso sexto, de la propia Constitución, en cuya virtud los procesos contra un encartado solo pueden estimarse justos y racionales cuando se separa orgánicamente la investigación (asignada a fiscales o fiscalizadores cuya actividad es esencialmente administrativa: STC roles N° 1394 y 1445) de la sanción (asignada a un órgano jurisdiccional). (Tribunal Constitucional, 2018,37º).

Lo relevante de esta conclusión es que los fallos que cita el TC en este considerando son sobre asuntos *penales* y no administrativo-sancionatorios, cuestión fundamental para detectar el giro conservador (y lo erróneo del razonamiento), puesto que en la propia Constitución se encuentra establecido el modelo de persecución penal que separa la función de investigación (a cargo del Ministerio Público, que es un órgano con autonomía constitucional), de la imposición de la pena criminal (aplicada por un tribunal oral en lo penal de la República)[13]. No es lo que acontece en el Derecho administrativo sancionador, distinción que fue gruesamente evitada por la sentencia. Por lo mismo, queda claro que, sin importar la configuración institucional, el TC fuerza una equiparación entre lo penal y lo administrativo sancionatorio, suprimiendo los matices.

Ahora bien, a pesar de que el TC ha razonado considerando que la actividad sancionatoria es por naturaleza judicial —lo cual, como reflejo, desdibuja la administrativa—, retóricamente se pregunta si el SERNAC podría ejercer la función judicial, respondiendo negativamente, al no cumplirse "los requisitos previstos al efecto por la jurisprudencia de este Tribunal, en el sen-

tido de que, en todo caso, debe tratarse de un tercero independiente e imparcial" (Tribunal Constitucional, 2018, 38º). Esto, porque:

> el Servicio Nacional del Consumidor puede representar individualmente a los consumidores en las causas que se inicien ante los tribunales de justicia para la determinación de las indemnizaciones de perjuicios correspondientes (artículo 8 letra e) como realizar, a solicitud de un consumidor, mediaciones individuales (artículo 8 letra h). Estas atribuciones, mencionadas a vía ejemplar, demuestran inequívocamente que nos encontramos frente a un órgano de la Administración que interviene en la relación entre consumidores y proveedores de un servicio representando los intereses de una de las partes, lo que le resta las condiciones indispensables de independencia e imparcialidad con que debe enfrentarse el ejercicio de la jurisdicción. (...) Lo que no procede (...), es que el mismo servicio estatal llamado a proteger a una de las partes lucrativamente interesadas, los consumidores, sea instituido como árbitro supremo, para luego dirimir los contenciosos e impugnaciones que enderecen contra sus proveedores (Tribunal Constitucional, 2018, 38º).

En concordancia con este planteamiento, el proyecto, según el TC, provee al SERNAC "espacios de amplia discrecionalidad, que amagan predisponerlo en contra de los derechos de los proveedores (Tribunal Constitucional, 2018, 39º), despachando la inconstitucionalidad para precaver una supuesta supresión de los derechos del proveedor (el "prójimo"), quien se encuentra, a su juicio, en una relación puramente comercial con el consumidor. Así:

> (d)ebiendo el Tribunal Constitucional fallar "conforme a derecho" (...), e ínsita la idea de que uno de los preceptos del derecho es dar a cada uno lo que es suyo, ello significa entonces que es esta alteridad o el reconocer la presencia del otro —del prójimo—, lo que obsta aceptar como jurídicamente válida cualquier ley cuyo objeto reporte utilidad a una de las partes involucradas en una relación comercial, pero al precio de negar o preterir los derechos propios de los demás (Tribunal Constitucional, 2018, 39º).

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

Contraargumento (I): la aplicación de sanciones no es una función exclusiva del Poder judicial

La sentencia del TC produjo una discusión académica importante, en su mayoría contraria a la decisión, así como cierta conmoción pública (Contreras, 2018). Y es que el razonamiento del fallo es, decididamente, el regreso a una posición doctrinaria que en Chile era pintoresca. Salvo por los autores que durante los años ochenta del siglo XX promovieron aquellas ideas —expuestos arriba—, lo cierto es que la jurisprudencia de casi tres décadas decía todo lo contrario: sancionar no es juzgar. Por lo tanto, la decisión del TC sobre el SERNAC aparece como un giro radical.

El problema del argumento de la sentencia y de la doctrina que defiende es que no logra distinguir la diferencia sustancial entre Administración del Estado y Poder judicial. Mientras este último detenta la facultad "exclusiva", como lo dispone la Constitución chilena, de "conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado" (artículo 76), la primera se encuentra preferentemente estructurada para llevar a cabo funciones de diseño e implementación de políticas públicas (Rubin, 2005, 203 y ss.), con arreglo a las prescripciones del legislador, debiendo velar por el bien común, planteamiento que en Chile *no es teórico*, sino que se encuentra claramente fijado en la Ley Orgánica Constitucional que establece las Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo artículo 3º determina que la "finalidad" de esta es "promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal." Sobra decir que, en el caso del SERNAC, la protección de los derechos del consumidor es la política pública que la agencia debe implementar eficazmente, a través de varios mecanismos, uno de los cuales, según el legislador, eran las sanciones administrativas que, como se dijo al inicio de este trabajo, constituyen una herramienta apta para hacer cumplir la regulación en aquel ámbito. Se sigue de aquí que la afirmación según la cual resolver conflictos de relevancia jurídica es una función exclusivamente jurisdiccional es incorrecta cuando la finalidad específica de la adjudicación es la implementación de una política pública que resguarda el bien común[14].

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

El fallo del TC también desconoce que el procedimiento administrativo es una fase siempre *previa* a la judicial. En Chile, el contencioso ante un juez se halla constitucionalmente asegurado en el artículo 38 inciso 2º de la Constitución. Según esta norma, "(c)ualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley". Esto significa que, cuando el legislador atribuye a un órgano de la Administración del Estado alguna potestad, la consecuencia necesaria es que queda asegurada, justamente *por ello*, en virtud del citado precepto constitucional, la vía de impugnación ante la judicatura. Es pacífico, en el medio chileno, que los tribunales de justicia poseen competencia contenciosa administrativa de carácter "general y residual" (Ferrada, 2011, 131), de manera que, incluso si el legislador no hubiese establecido una específica previsión legal que posibilitara el ejercicio de la acción contenciosa del particular, el Poder judicial es, a todo evento, el encargado del control jurídico externo (Ferrada, 2011, 132). Como se expuso, en el caso del proyecto de fortalecimiento del SERNAC, sin embargo, el legislador formuló expresamente un mecanismo de impugnación judicial en contra del acto administrativo sancionatorio.

Por lo dicho, resulta inapropiado plantear la existencia de una actividad por naturaleza jurisdiccional. Si el legislador atribuye a una agencia administrativa cierta competencia, automáticamente deja de ser jurisdiccional *porque* queda sujeta, en virtud del orden constitucional, a la revisión de otro poder del Estado, a saber, el judicial. Esto permite detectar que la "última palabra" (Hart, 1994, 141) se encuentra en el ámbito de la judicatura, que cuenta con tribunales superiores cuyas resoluciones ejecutoriadas ya no pueden ser adulteradas. Cuando un tribunal supremo ha tomado una decisión sobre el Derecho, "la afirmación de que el tribunal se ha equivocado ya no tiene consecuencias en el sistema: ninguna persona ve alterados sus derechos o deberes" (Hart, 1994, 141). Esto describe la manera en que, de acuerdo con la Constitución chilena, se articula la función judicial. Y es que el acto administrativo no produce, a diferencia de la sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción, cosa juzgada, quedando, por lo mismo, la decisión de control final del acto sancionatorio en manos del juzgador.

Ahora bien, para guardar fidelidad con la tesis de fondo de la sentencia, y rebatirla en su mérito, debe recordarse que el fundamento subyacente a la crítica contra la potestad sancionatoria en manos de la Administración del Estado

se halla en el principio de separación de poderes, cuestión a la que el TC, en el fallo bajo comentario hace alusión en una declaración taxativa, afirmando que la precisa objeción de constitucionalidad que efectúa consiste en que las normas de protección a los consumidores no pueden radicarse en una agencia administrativa en virtud de la "separación de funciones", que debe entenderse, según lo aclara la minoría del TC, como una referencia a la idea de "separación de poderes" (Tribunal Constitucional, 2018, 31º (voto de minoría)).

Como se sabe, a dicho principio se asigna la función de evitar los abusos del poder estatal en perjuicio de los particulares (Vermeule, 2016, 58). En su versión secular moderna, se atribuye tradicionalmente a Montesquieu, cuyas ideas influenciaron totalmente una de las experiencias paradigmáticas de diseño institucional basada en la metáfora de las tres ramas —ejecutiva, legislativa y judicial— independientes entre sí, y que por lo mismo es relevante destacar: la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica (Rubin, 2005, 44-45). Bajo una perspectiva originalista de interpretación de esa Constitución, el incremento de las funciones administrativas, en desmedro de las que tradicionalmente se consideran formar parte de los poderes legislativo y judicial, se encuentra prohibida; es lo que sucede tratándose de la deferencia hacia la Administración al interpretar leyes, la dictación de normas de alcance general, o bien la resolución particular de asuntos en los que están en juego derechos de los particulares (Lin, 2017, 183 y ss.). Sin embargo, superando una lectura histórica como esta, durante el *New Deal* se produjo una reforma judicial y legislativa de la estructura constitucional estadounidense (Sunstein, 1993, 19)[15], atribuyéndose en la Administración amplios poderes discrecionales, creándose agencias que combinaron funciones tradicionalmente separadas, referidas a legislación, adjudicación y ejecución, otorgándoseles, frecuentemente, amplia autoridad en el diseño de políticas públicas, confiando en la experticia técnica de los burócratas (Sunstein, 1993, 23; Stewart, 1975, 1676). Esto significa que la interpretación de la misma Constitución que, desde un enfoque originalista impediría el fortalecimiento de la Administración, ha posibilitado el surgimiento de un Estado administrativo. Se trata, pues, de una modificación en el planteamiento de la separación de poderes que, como límite al abuso estatal, debe también sopesarse con los beneficios que la Administración genera (mitigación de la pobreza, salud, seguridad, conservación del medio ambiente, protección del consumidor), siendo necesario que, junto con impedirse el exceso de la intervención pública, también se corrijan los abusos privados (Vermeule, 2016, 58).

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

Volviendo al caso chileno, correctamente, Pantoja afirmó que la Constitución chilena de 1980 abandonó la teoría clásica de la separación de poderes y, en cambio, sólo distribuyó competencias públicas (entre las que se incluyen las administrativas). Explicando el punto, sostenía este profesor que:

> la Constitución Política de la República obliga a construir doctrinalmente el sector público atendiendo a la función que desempeñan las autoridades por ella establecidas, y no ya desde una perspectiva orgánica sobre la base a priori de los tres grandes bloques clásicos, puesto que de acuerdo con esta concepción la teoría de la separación de los poderes del Estado no es suficiente ni apta para reconocer y caracterizar a órganos y organismos posicionados en una situación jurídica ontológicamente similar, sólo diferenciados *ratione materiae* y *ratione loci*, en una órbita de atribuciones que la misma Constitución asigna a cada uno de ellos dentro del Estado-nación (Pantoja, 1998, 274).

Consecuencialmente, la separación de poderes no es un principio sagrado (Vermeule, 2016, 56), y depende de la configuración que la respectiva Constitución le confiera, o bien, de la práctica constitucional que las instituciones autorizadas producen mediante sus decisiones. Ninguno de estos análisis se halla en la sentencia del TC sobre el SERNAC y, al contrario, se da por sentada una idea de separación de poderes que, como se ha visto, no sólo es controvertida, sino que exige, para su mantención, ponderarla con las razones de interés público que haya tenido el legislador para configurar una determinada institucionalidad.

Contrargumento (II): sobre la prohibición de ser "juez y parte"

El TC considera que el SERNAC no puede ser imparcial. Esta idea se había expresado antes en el poco reflexivo —aunque exitoso, a estas alturas— eslogan de que estaría prohibido que un órgano administrativo sea "juez y parte". Soto Kloss logró condensar este mantra sosteniendo que sancionar es una contienda entre partes, ya que mientras una de ellas considera que la contraria ha cometido la infracción, esta última sostiene no haberlo hecho. Por lo anterior:

> quien pretende sostener que se ha cometido una infracción (...) no puede ser la misma entidad, organismo o persona jurídica que sancione, ya que por esta mismísima circunstancia queda despojada —por la

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

> razón natural, por el sentido común, por la naturaleza misma de las cosas— de toda independencia e imparcialidad, o sea de los requisitos indispensables para emitir un juicio de reproche y castigar a un presunto infractor. (Soto Kloss, 2005, 81-82).[16]

De ahí que “esos órganos administrativos que ejercen potestades sancionadoras no son ‘juez natural’ y, por el contrario, son propiamente ‘comisiones especiales’, (...) una terminología constitucional casi bicentenaria para describir las antípodas de un verdadero juez” (Soto Kloss, 2005, 83), aserto que es criticable. Por de pronto, porque descansa en el error de que la función sancionatoria sólo debe ser judicial y, por lo tanto, la Administración del Estado estaría actuando en calidad de “juez”. Es este paso previo el que, como presupuesto lógico, permite a ese planteamiento formular, como conclusión, que tal juez debe actuar imparcialmente, como todos los jueces del Poder judicial lo deben hacer. Por lo mismo, cualquier solución que no corresponda a la de un tercero imparcial (un juez) no satisface el estándar. Ya se ha dicho en este texto, sin embargo, que sancionar administrativamente no es *por naturaleza* una función jurisdiccional y que la ley tiene amplia capacidad configuradora de los órganos de la Administración del Estado, constitucionalmente asegurada. Si hay algo que diferencia radicalmente a la función jurisdiccional y a la administrativa es que esta última diseña e implementa de políticas públicas para el bien común, y que sólo las decisiones de la primera pueden tener efecto de cosa juzgada. Una sanción administrativa no es, pues, el resultado del ejercicio de una función jurisdiccional, lo cual, desde luego disuelve el cuestionamiento de que la Administración actúe “como juez”.

La segunda parte del eslogan es también reprochable: la exigencia de que cuando se sanciona no se pueda tener un interés. En contra de esto, ha de indicarse que la Administración del Estado debe defender intereses públicos y, por lo tanto, exigirle una imparcialidad equivalente a aquella que es esperable del Poder judicial es un oxímoron. Justamente, el voto de minoría en la sentencia sobre el SERNAC da cuenta de lo errado del eslogan. En efecto:

> los órganos de la administración no son neutrales frente al interés público, pues deben perseguirlo siempre. Es un elemento que los define. Ese interés público, tratándose del SERNAC, es velar por el cumplimiento de la Ley del Consumidor. Por lo mismo, no se le puede reprochar ser parcial en eso. Sería como acusar a los tribunales de resolver

> controversias, o al Ministerio Público por no ser objetivo en la investigación y persecución de la comisión de delitos. (Tribunal Constitucional, 2018, 132º (voto de minoría)).

Hay quien ha intentado responder a esta crítica, afirmando que, desde un punto de vista *teórico*, la agencia reguladora puede ser capturada por los intereses en juego, desalineándose, en consecuencia, del interés general, lo que produciría incentivos para que quien juzga "no sea tan diligente ni leal al momento de exigir a la parte que investiga (ella misma) que las pruebas sean sólidas, que el proceso haya sido llevado respetando las reglas y que el estándar de convicción para sancionar sea el mismo en todos los casos"(Soto Velasco, 2017, 338). Bajo una perspectiva ahora *práctica*, las agencias no tendrían independencia del Gobierno, como ha acontecido con la discrecionalidad del Servicio de Impuestos Internos para querellarse en contra de parlamentarios de un bloque político[17]. (Soto Velasco, 2017, 338).

La respuesta, sin embargo, apunta a la necesidad de establecer mecanismos institucionales que impidan la captura y manipulación la agencia por parte del Gobierno y no, en cambio, a que se radiquen las facultades sancionatorias en un juez. Volviendo al proyecto de fortalecimiento del SERNAC, tales arreglos orgánicos se incorporaron en la reforma, fragmentando —mediante murallas éticas— en distintos funcionarios de la agencia la fiscalización, la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio, y la dictación de la resolución de término (a cargo de un director regional del servicio), omitiéndose al Director Nacional —más cercano, en principio, al Ejecutivo— incluso tratándose de los mecanismos de impugnación intra administrativos. Todo lo anterior era, además, controlable judicialmente, como da cuenta una efectiva jurisprudencia de la Corte Suprema en torno a separación de funciones en otros órganos reguladores (Osorio, 2017). Por otro lado, en lo que concierne a la falta de diligencia como *estándar necesario* de funcionamiento de la Administración del Estado al momento de sancionar, además de requerirse una base empírica que justifique la aseveración, basta para refutar el cuestionamiento señalar que, según la literatura, la racionalidad de las agencias administrativas se dirige a que sus decisiones —sancionatorias aquí— se mantengan (Tapia y Cordero, 2015, 39); esto exige, considerando la existencia del control externo que puede revertirlas, hacer las cosas diligentemente y no al contrario.

Una variación del lema que prohíbe el "juez y parte" se encuentra en que, para el caso específico, existiría un compromiso de la imparcialidad del órgano, pues, por una parte, protege consumidores, y por otra, zanja conflictos entre estos y los proveedores, por ejemplo, en la mediación individual (considerando 38º). El problema con esta argumentación es que tal supuesta falta de parcialidad por concentración se subsana declarando inconstitucionales sólo las facultades que sesgarían la agencia y no todas ellas. Así, si había contradicción entre mediar y sancionar porque en el primer caso se representaba el interés de los consumidores, debió declararse inconstitucional alternativamente el esquema sancionatorio o la mediación. En su lugar, el TC se impuso al legislador y reconfiguró el órgano, quitándole la potestad sancionatoria que se le atribuyó, junto con la de mediación individual.

Desde una perspectiva comparada, el reproche a la falta de imparcialidad de los órganos administrativos ha sido controvertido contundentemente. Recurriendo nuevamente al caso estadounidense —de innegable pertinencia para ilustrar el tema por el desarrollo allí del Estado administrativo—, el argumento sobre la parcialidad de la agencia administrativa que detenta funciones persecutorias y resolutivas se ha zanjado hace bastante tiempo en favor de la constitucionalidad de esa combinación (Vermeule, 2016, 63 y ss.). Ya en el año 1948, en *FTC v. Cement Institute*, la Corte Suprema de Estados Unidos, en un caso que involucraba a la *Federal Trade Comission* (Comisión Federal de Comercio), que concentra funciones de investigación y aplicación de medidas en contra de atentados a la libre competencia, decidió que no era aceptable sostener que la agencia actuaba de modo sesgado a causa de su estructura (lo cual implicaba desechar la solicitud del afectado de inhabilidad de la comisión), puesto que:

> (i) Los miembros de la agencia pueden ser persuadidos por los argumentos de los investigados, existiendo la posibilidad de que estos se presentaran a las audiencias correspondientes, produciendo toda clase de evidencia, con tal de descartar la infracción (Corte Suprema de Estados Unidos, 1948, 701).
>
> (ii) Hacer lugar a los argumentos del reclamante implicaría una derrota de los propósitos que tuvo el Congreso al impulsar la *Trade Comission Act* (Ley de la Comisión Federal de Comercio). Si estuviera prohibida constitucionalmente la organización de la comisión, se produciría una

> total inmunidad de las prácticas que se investigan, incluso si éstas son injustas, porque cualquier orden dirigida a hacer cesar y desistir la conducta contraria a Derecho, emitida por la Comisión u otra agencia estatal, no podría ya valer, al no haber un órgano sustituto (Corte Suprema de Estados Unidos, 1948, 701).
>
> (iii) Siguiendo el cuestionamiento de falta de imparcialidad, lo cierto es que cualquier pronunciamiento previo sobre la materia daría lugar a la inhabilidad en casos posteriores, lo cual contradice la necesidad de que estas agencias estén dotadas de especialización resolutoria. De ahí que la experiencia en casos previos, lejos de ser una desventaja, es una fortaleza (Corte Suprema de Estados Unidos, 1948, 702).

Otro importante caso sobre la constitucionalidad de la separación de funciones y la cuestión de la parcialidad de la agencia se encuentra en *Withrow v. Larkin*, de 1975. Allí, se discutía si la estructura orgánica de una junta examinadora estatal encargada de determinar infracciones y sanciones cometidas por los médicos bajo su supervisión, cuya resolución dependía de la investigación y cargos efectuados por la misma agencia, podía considerarse un adjudicador independiente, con arreglo a los requisitos constitucionales del debido proceso. La Corte Suprema de Estados Unidos reconoce en esta sentencia que el derecho a un juicio imparcial debe regir también en las instancias administrativas (Corte Suprema de Estados Unidos, 1975, 46-47), sin embargo:

> a) El argumento según el cual la combinación entre funciones investigativas y resolutivas necesariamente crea un riesgo inconstitucional de parcialidad requiere más fuerza para convencer, pues, debe superar la presunción de honestidad e integridad de quienes sirven como adjudicadores (Corte Suprema de Estados Unidos, 1975, 47). Por ello, sin que se demuestre lo contrario, los administradores del Estado han de considerarse personas "capaces de juzgar imparcialmente una controversia particular sobre la base de sus propias circunstancias." (Corte Suprema de Estados Unidos, 1975, 55).
>
> b) El cuestionamiento asume demasiado y traería como consecuencia derribar muchos procedimientos diseñados que funcionan bien en una estructura estatal de gran y creciente complejidad (Corte Suprema de Estados Unidos, 1975, 49-50).

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

c) A pesar que el argumento tiene un contenido sustancial, lo cierto es que los legisladores han puesto atención a sí y en qué medida las funciones administrativas deben ser llevadas a cabo por las mismas personas, sin que exista una única respuesta. “En efecto, el crecimiento, variedad y complejidad de los procesos administrativos han tornado cualquier decisión única altamente improbable.” (Corte Suprema de Estados Unidos, 1975, 51).

d) Por cierto, sostiene la Corte Suprema estadounidense, “debemos estar alertas a las posibilidades de sesgos que puedan afectar la forma en que los procedimientos particulares funcionan realmente en la práctica. Sin embargo, por sí mismos, los procesos empleados por la Junta no contienen un riesgo inaceptable de parcialidad. (...) No se ha presentado ningún fundamento específico para sospechar que la Junta haya estado prejuiciada por su investigación, o que estaría incapacitada para la audiencia y decidir sobre la base de la evidencia (presentada en ella).” (Corte Suprema de Estados Unidos, 1975, 54-55).

La utilidad de esta jurisprudencia para confrontar la sentencia del TC en torno al fortalecimiento del SERNAC se halla en que, por una parte, permite detectar la falta de sofisticación en el razonamiento conservador en torno a la idea del “juez y parte”, y por otra, controvierte el eslogan, por cuanto, la falta de imparcialidad es un problema que requiere verificarse en la realidad y el juez puede revisarlo basándose en los hechos que se alleguen al caso, algo que, como se señaló, un control preventivo de constitucionalidad no logra detectar. Además, es un exceso argumentativo concluir que el mismo órgano que investiga nunca pueda ser persuadido de resolver conforme al mérito de los antecedentes, prescindiéndose del Derecho positivo, que en Chile sujeta a la Administración a un específico principio de imparcialidad (distinto del que rige al Poder judicial[18]), contenido en el artículo 11 de la LBPA[19], como garantía del procedimiento administrativo —incluido el sancionatorio—, lo cual importa una prohibición de actuar arbitrariamente, cuestión que se plasma en la fundamentación del acto administrativo sancionatorio (Camacho, 2010, 62 y ss.). Es decir, una agencia no puede tener un interés sancionatorio *a pesar* de los antecedentes que entregue el investigado, debiendo justificarse la decisión que impone la sanción, esquema de motivación del acto administrativo sancionatorio que es controlable judicialmente. Pero no solo esto, porque en el fallido proyecto el legislador había contemplado un arsenal de

herramientas que permitían al investigado persuadir a la Administración de la improcedencia de imponer la sanción (hacer presentaciones, descargos, rendir prueba, etc.). Todo esto era, también, revisable por el juez.

La separación o no de funciones es una solución de competencia del legislador, que puede decidir según su criterio cuál será la configuración estructural de la agencia, y donde una variable clave para ésta puede ser el nivel de especialización que requiera el respectivo órgano administrativo. En el caso del proyecto de reforma a la agencia reguladora del consumo en Chile, la opción legislativa se inclinó por establecer dispositivos específicos que fragmentaban las funciones de investigación y sanción (murallas éticas), descansando, asimismo en que el SERNAC, que tiene una experiencia institucional de más de veinte años en materia de consumo podía asumir ambas actividades. Asimismo, vale aquí el aserto de Vermeule — referido al primero de los casos estadounidenses explicados— con arreglo al cual la separación de funciones entendida en un sentido rígido, como un resguardo frente al "abuso" estatal, ha de ceder ante "la clase de abuso 'privado' de poder en el mercado que es una preocupación central del estado regulador" (Vermeule, 2016, 64). Por lo mismo, si se hiciera lugar a la inconstitucionalidad a todo evento de una combinación de funciones de investigación y resolución, "gran parte del vasto y heterogéneo Estado administrativo debería ser abandonado —un resultado intolerable considerando todo lo que el Estado administrativo hace." (Vermeule, 2016, 64).

Los efectos para el Derecho del consumo y el resto de la institucionalidad regulatoria

Varias son las consecuencias que el fallo del TC puede producir en el Derecho del consumo chileno, en todo caso, debilitando la protección de los consumidores, lo cual es coherente con la doctrina de los años ochenta del siglo pasado que intenta disminuir la acción estatal en el mercado, y que ha interpretado expansivamente la libertad de desarrollar actividades económicas —reconocida en la Constitución— restringiendo sus limitaciones (Aróstica, 2001, 77 y ss.).

En primer lugar, se ha confinado la discrecionalidad que el Constituyente otorgó al legislador para configurar las agencias administrativas, *fijando un único modelo para el ámbito de la protección de los derechos de los consumi-*

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

dores. Aquí, a juicio del TC, la Administración sólo puede fiscalizar, mientras que el juez puede sancionar. Esto contraviene lo que se explicó al inicio de este texto, en cuanto a la necesidad de dotar a los órganos administrativos a los que el legislador encarga una determinada política pública (la protección del consumidor en este caso) de herramientas para hacer cumplir la regulación.

Siguiendo con la debilitación de la intervención pública en la economía y la maximización de la libertad de empresa, en segundo término, el TC desconoce la relación de consumo y se compromete expresamente con los derechos del proveedor infractor a quien trata como "el prójimo", merecedor de protección. Lo anterior en virtud de que aquella vinculación sería nada más que de carácter civil o comercial, apreciación que subvierte la relación entre consumidores y proveedores donde, según los especialistas, los primeros son quienes deben ser resguardados por el Estado al ser la parte débil en la relación de consumo. Es lo que justifica la existencia de una ley que proteja a los consumidores, como excepción a las categorías clásicas del contrato en el Derecho privado, donde la igualdad entre las partes contratantes es la regla (Aimone, 2013, 5). Pero no solo eso, porque la intervención estatal en una economía de mercado se funda, asimismo, en la existencia de fallas que la literatura se ha encargado de describir, y que impiden la eficiente asignación de recursos. Específicamente, en el ámbito del consumo, existen al menos tres tipos de restricciones que justifican la política pública de protección al consumidor: (i) informacionales, que generan asimetrías de información entre proveedores y consumidores; (ii) transaccionales, que producen contratos incompletos —es decir, sin que todas las variables relevantes estén especificadas para una de las partes—, dando espacio a un comportamiento oportunista a favor del proveedor, en desmedro del consumidor; y (iii) intelectuales, es decir, un comportamiento irracional de los consumidores en sus decisiones de compra (Fuentes y Saavedra, 2016, 10-20). Como el TC prescinde de todas estas razones, y acude a las categorías contractuales clásicas, es posible afirmar, parafraseando a Sunstein (1993, 20), que dicho órgano pretende construir un Derecho público basado en la lógica del Derecho privado.

Como tercera consecuencia, ocurrió una situación que empeoró aún más la posición de los consumidores, puesto que, debido a la técnica sustitutiva empleada por el proyecto de ley, que eliminaba las funciones anteriores del órgano para remplazarlas por nuevos preceptos que el TC declaró inconstitucionales, como carambola se eliminaron las facultades vigentes del SERNAC

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

para recibir reclamos de los consumidores y mediar voluntariamente entre estos y los proveedores[20]. La agencia, en este aspecto, quedó verdaderamente peor de lo que estaba hasta antes de que se pensara siquiera en reformarla.

La decisión del TC, acudiendo a la doctrina ius publicista chilena de los años ochenta del siglo XX es institucionalmente grave porque puede afectar otros sectores regulados por superintendencias que cuentan también con potestad de sanción. Sobre el punto, la judicatura constitucional se limita a sostener que otros regímenes donde no hay aspectos civiles ni comerciales involucrados "*podrían* ameritar una regulación diferenciada" (Tribunal Constitucional, 2018, 34º). *Contrario sensu*, "podrían" no ameritarla, abriéndose la puerta al litigio ante el mismo TC, aunque, esta vez, en el control concreto de inaplicabilidad para determinadas gestiones judiciales en las que se esté reclamando, por ejemplo, la aplicación de multas a un particular. Si en cualquier mercado regulado un infractor es capaz de presentar al TC que se halla en condiciones similares a las que traía el proyectado SERNAC, no puede descartarse que tenga éxito.

Conclusiones

Al inicio de este trabajo, se plantearon dos hipótesis, a saber, (i) justificar la aserción de que el TC se encuentra en medio de un giro conservador en lo que concierne a las sanciones administrativas que, como se sabe, son instrumentos regulatorios cuya finalidad es promover el cumplimiento de la regulación; y (ii) proporcionar argumentos para rebatir que: (a) la potestad administrativa sancionatoria sea una función estatal naturalmente jurisprudencial y (b) que cuando impone sanciones, la Administración actúa como juez y parte, lo que se encontraría constitucionalmente prohibido.

Tratándose de la primera hipótesis, el análisis de la jurisprudencia del TC da cuenta de la existencia de varias etapas, que comienzan con un momentáneo cuestionamiento constitucional de la atribución de potestad sancionatoria a la Administración del Estado, en línea con la doctrina de los años ochenta del siglo pasado en Chile, pero que prontamente retrocedió, separándose conceptualmente la función judicial a cargo de los tribunales que establece la ley, de la que permite a la Administración sancionar a un infractor. Puede rastrearse a inicios de los años noventa del siglo XX la jurisprudencia del TC que efectuó esta distinción, cuyo preciso efecto fue otorgar anclaje constitucional

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

a la potestad administrativa sancionatoria. Por lo mismo, la discusión se trasladó hacia los límites de esta, desde el punto de vista del diseño legislativo, así como en la ejecución administrativa, rigiendo una sostenida jurisprudencia que, en tanto consideraba al Derecho administrativo sancionador como una rama del *ius puniendi* estatal, exigía la aplicación de garantías y principios penales, aunque con "matices", flexibilizándolos. Toda esta jurisprudencia permitió, en la práctica, virtualmente autonomizar el régimen sancionatorio administrativo del Derecho penal, generándose un desarrollo legislativo que dio una específica fisonomía al primero. Así, se produjo una bifurcación cualitativa de la sanción administrativa frente a la pena criminal. Por ello, de *lege lata*, basándose en la constitucionalidad de las sanciones administrativas y en sus presupuestos de legitimidad, se fortaleció en Chile la institucionalidad regulatoria, sofisticándose las agencias administrativas sectoriales, dotadas de capacidad de fiscalización, normativa y sancionatoria.

Respecto al panorama anterior, al menos desde el año 2016 comienza a despuntar una jurisprudencia que pone bajo sospecha los regímenes sancionatorios, suprimiendo el TC distinciones sólidamente asentadas, como las que en el párrafo anterior se han expuesto, equiparando el régimen sancionatorio administrativo con el penal, desechando la tesis de los matices en la transferencia de los principios de este último al primero. Esto es coherente con lo sostenido hace poco por el actual Presidente del TC—que es uno de los exponentes de la literatura de los años ochenta en torno al punto—, su abogado asistente y otro profesor, quienes, celebrando el cambio de rumbo, han explicitado que la diferenciación entre el Derecho penal y el administrativo sancionatorio es fútil, afirmando que el "propósito de la Constitución es proteger a los individuos en contra del poder estatal de sancionar (*potestas puniendi* o *ius puniendi*) y, a tal efecto, la distinción entre el Derecho penal y el administrativo no es relevante" (Aróstica, Verdugo y Enteiche, 2018, 51).Esta tendencia fue confirmada por el TC de la manera más concluyente para el ordenamiento jurídico chileno, a saber, declarando la inconstitucionalidad de la potestad sancionatoria del SERNAC que el legislador democrático intentó atribuir a esa agencia, basándose en un argumento directamente reconducible a la doctrina chilena propuesta hace casi cuarenta años, y que consideraba la intervención estatal en la actividad particular como un anatema (como las sanciones administrativas son una herramienta de la actividad regulatoria del Estado, reducirlas o bien proscribirlas es coherente con los propósitos perseguidos por esa postura). De conformidad con estos antecedentes, es posible

hablar, en propiedad, de un giro conservador respecto a las sanciones administrativas en Chile, cuestión que sólo se ve confirmada por el desfase producido entre el proyecto de fortalecimiento de la agencia a cargo del consumo en el país y el TC: no es que el legislador haya querido contradecir al órgano de control de constitucionalidad —por el contrario, como se explicó, el régimen de garantías para los proveedores infractores venía intencionalmente reforzado—, sino que, a pesar de haberse ajustado a los requisitos previos de la jurisprudencia constitucional sobre el punto, la aproximación del TC cambió, lo que, dado los efectos, tomó por sorpresa al legislador.

En lo que concierne al segundo de los objetivos de este trabajo, puestos a prueba los fundamentos del TC para declarar la inconstitucionalidad de la potestad sancionatoria del SERNAC, estos no se sostienen. En efecto, de ningún modo puede encontrarse justificado que la sanción administrativa deba ser definida como una actividad naturalmente jurisdiccional, cuando la finalidad específica del cometido encargado a la agencia es implementar eficazmente la política pública de protección de los derechos del consumidor, persiguiéndose así el bien común. De acuerdo con el Derecho administrativo positivo chileno esto es, precisamente, una función definitoria de la Administración del Estado. Además, con arreglo al ordenamiento constitucional de Chile, la sola existencia de un procedimiento administrativo que culmina con una decisión sancionatoria importa, automáticamente, la sujeción de este acto administrativo al control del Poder judicial. La consecuencia de ello es que, necesariamente, la función administrativa se encuentra separada de la judicial y que esta última tiene a todo evento competencia de control sobre aquella. Por lo mismo, el planteamiento del TC, en orden a que las decisiones del SERNAC habrían quedado sujetas a un efecto de cosa juzgada es constitucionalmente inaceptable porque borra una diferencia estructural entre administrar y juzgar: acá la cosa juzgada, allá la sujeción al control del juez a todo evento. Asimismo, plantear una separación rígida de poderes es un anacronismo que carece de poder explicativo respecto al desarrollo de la Administración del Estado durante el siglo XX; no da cuenta de la evolución en la comprensión de dicho principio, que exige balancearlo con otros intereses públicos; y, finalmente, no se enmarca en la distribución de competencias que la Constitución chilena estableció.

Finalmente, el argumento de proscribir que la Administración actúe como "juez y parte", esgrimido por el TC en su sentencia bajo la idea de falta de imparcialidad de la agencia, tampoco tiene respaldo, no sólo porque es claro que función administrativa y judicial están diferenciadas, sino porque es un contrasentido exigir de una agencia como el SERNAC que carezca de un interés: no es posible, conceptualmente, que los órganos pertenecientes a la Administración sean neutros; son estructuras organizacionales diseñadas *para* promover intereses considerados valiosos en un Estado. Pero el reproche tampoco se sostiene empíricamente, como lo enseña la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense en casos aún más sensibles que el del SERNAC (puesto que se trataba allí de la superposición investigativa y decisoria en los mismos funcionarios): suponer que siempre que no exista una separación de funciones existirá un sesgo en contra del investigado es una exageración —típica, por lo demás, de un control de constitucionalidad preventivo, incapaz de detectar los efectos de las normas que revisa—, con mayor razón cuando existen mecanismos de prueba y posibilidad de controvertir la formulación administrativa de cargos, diseñados precisamente para que operen como instancia que permita persuadir a la respectiva agencia que debe eximirse al investigado si hay mérito para ello, así como un control judicial de la imparcialidad. Adicionalmente, cualquier elaboración teórica sobre la separación de funciones exige ser contrapesada con los beneficios que las agencias administrativas generan y con el interés público que protegen y promueven, el cual, como se vio al explicar los efectos del fallo para el Derecho del consumo y la institucionalidad regulatoria chilena, fue severamente debilitado por el fallo del TC, plegándose a una doctrina que pretende reconstruir el Derecho público chileno sobre la base de categorías ius privatistas.

Referencias

Aimone, E. (2013). *Protección de los derechos del consumidor*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

Aróstica, I. (1988). Algunos problemas del Derecho administrativo penal. *Revista de Derecho y jurisprudencia y gaceta de los tribunales*, *85*(1), 41-51.

Aróstica, I. (2001). *Derecho administrativo económico (Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado)*. Santiago de Chile: Universidad Santo Tomás.

Aróstica, I., Verdugo, S. y Enteiche, N. (2017). Developments in Chilean Constitucional Law. En: R. Albert, P. Faragua y S. Drugda, *2016 Global Review of Constitutional Law* (pp. 47-51). Boston: I•CONnect-Clough Center.

Becker, G. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, *76*(2), 169-217.

Bush, J. y Wiitala, K. (2004). The Building and Maintenance of "Ethics Walls" in Administrative Adjudicatory Proceedings. *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*, *24*(1), 1-19.

Camacho, G. (2008). Las entidades administrativas fiscalizadoras y su rol de aseguramiento de mercados competitivos. *Revista de Derecho público*, 70, 251-271.

Camacho, G. (2010). *Tratado de Derecho administrativo. Tomo IV: La actividad sustancial de la Administración del Estado*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot.

Contreras, P. (2018). *Inconstitucionalidad de la Reforma al SERNAC. Apuntes de Derechos*. Recuperado de https://www.pcontreras.net/blog/archives/02-2018

Cordero Vega, L. y García, J. (2012). Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias. *Anuario de Derecho público*, 2012, 415-435. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

Cordero Quinzacara, E. (2014). *Derecho administrativo sancionador. Bases y principios en el Derecho chileno*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

Cordero Vega, L. (2015). *Lecciones de Derecho administrativo*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

Dávila, S. ¿Cómo establecer sanciones óptimas para la disuasión de infracciones? *Revista de Economía y Derecho*, *9*(35), 87-102.

Ferrada, J. (2011). Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno. En: J. Arancibia, J. Martínez, A. Romero, *Litigación pública* (pp. 119-150). Santiago de Chile: Abeledo Perrot.

Fuentes, F. y Saavedra, E. (2016). Marco institucional y facultades sancionatorias del Servicio Nacional del Consumidor en Chile. *Economía y Política*, *3*(1), 5-39.

Hart, H. (1994). *The Concept of Law* (2ª Ed.). Oxford: Oxford University Press.

Hernández, H. (2011). Comentario al artículo 20 del Código Penal. En: J. Couso y H. Hernández, *Código Penal comentado* (pp. 444-450). Santiago de Chile: Abeledo Perrot.

Kelsen, H. (1941). The Law as a Specific Social Technique. *University of Chicago Law Review*, *9*(1), 75-97.

Letelier, R. (2016).Un paso adelante de la Corte Suprema, dos pasos atrás del Tribunal Constitucional: garantías penales y sanciones administrativas. *El Mercurio Legal*. Recuperado de http://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2016/12/02/un-paso-adelante-de-la-corte-suprema-dos-

pasos-atras-del-tribunal-constitucional-garantias-penales-y-sanciones-administrativas.aspx

Letelier, R. (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Política criminal*, *12*(24), 622-689. Recuperado de http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A1.pdf

Letelier, R. (2018). El retroceso a Soto Kloss. Tribunal Constitucional y sanciones administrativas en materia de aguas. *Diario Constitucional*. Recuperado de http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-retroceso-a-soto-kloss-tribunal-constitucional-y-sanciones-administrativas-en-materia-de-aguas/

Lin, E. (2017) At the Front of the Train: Justice Thomas Reexamines the Administrative State. *The Yale Law Journal*, 127, 182-195.

Londoño, F. (2014). El marco legal administrativo-sancionatorio: hacia una concepción diferenciada de la tipicidad. En: J. Arancibia y P. Alarcón, *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho administrativo Asociación de Derecho administrativo* (pp. 587-605). Santiago de Chile: Legal Publishing.

Macrory, R. (2006). *Regulatory Justice: Sanctioning in a post-Hampton World*. Londres: Better Regulation Executive.

Muñoz, O. (1994). Hacia el Estado regulador. En: O. Muñoz, *Después de las privatizaciones hacia el Estado regulador* (pp. 19-47). Santiago de Chile: Cieplan.

Nieto, A. (2012). *Derecho administrativo sancionador* (5ª Ed.). Madrid: Tecnos.

Osorio, C. (2017). DAS postmoderno: La separación de funciones en el Procedimiento Administrativo Sancionador. *La ley al día*. Recuperado de http://www.laleyaldia.cl/?p=2483

Pantoja, R. (1998). *La organización administrativa del Estado*. Santiago de Chile: Editorial jurídica.

Parejo, L. (2014). Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa. *Revista general de Derecho administrativo*, (36), 1-26.

Pierson, P. (1994). *Dismantling the Welfare State?: Reagan, Thatcher and the Politics of Retrenchment*. Cambridge: Cambridge University Press.

Quezada, F. (2017). Procedimiento administrativo sancionador en la Ley Nº 19.880. Santiago de Chile: Librotecnia.

Román, C. (2009). El Derecho administrativo sancionador en Chile. *Revista de Derecho Universidad de Montevideo*, *8*(16), 89-101.

Rubin, E. (1989). Law and Legislation in the Administrative State. *Columbia Law Review*, *89*(3), 369-426.

Rubin, E. (2005). *Beyond Camelot. Rethinking Politics and Law for the Modern State*. Princeton: Princeton University Press.

Soto Delgado, P. (2015). Consideraciones básicas a la hora de estructurar un sistema de sanciones administrativas. Comentarios al proyecto de fortalecimiento de la Ley del Consumidor. *Boletín Academia de Derecho y consumo*, (7), 2-9. Recuperado de http://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2016/01/boletin7.pdf

Soto Delgado, P. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Ius et Praxis*, *22*(2), 189-226.

Soto Delgado, P. (2017). Sanciones administrativas, principio de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revisa un acto administrativo. El Tribunal Constitucional como contencioso de multas en el Caso Cascada. *Anuario de Derecho público*, 2012, 287-332.

Soto Kloss, E. (1979-1980). El Derecho administrativo penal. Notas para el estudio de la potestad sancionatoria de la Administración. *Boletín de investigaciones*, 6-7(44-45), 95-103.

Soto Kloss, E. (2005). Sanciones administrativas ¿Camino de servidumbre? *Gaceta jurídica*, (296), 76-88.

Soto Velasco, S. (2017). El principio de imparcialidad en algunas sentencias de la Corte Suprema el 2016. Un paso hacia el fin del "juez y parte" en el Derecho administrativo sancionador. En: A. Fermandois y S. Soto, *Sentencias destacadas 2016* (pp. 325-348). Santiago de Chile: Libertad y Desarrollo.

Stephenson, M. (2005). Legislative allocation of Delegated Power: Uncertainty, risk, and the choice between agencies and courts. *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, Nº 506. Recuperado de https://ssrn.com/abstract=716863

Stewart, R. (1975). The reformation of American Administrative Law. *Harvard Law Review*, *88*(8), 1669-1813.

Sunstein, C. (1993). *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press.

Tapia, J. y Cordero, L. (2015). La revisión judicial de las decisiones regulatorias. *Estudios Públicos*, (139), 7-65.

Valdivia, J. (2018). Constitucionalidad de las sanciones administrativas en materia de aguas. *El Mercurio Legal*. Recuperado de http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/01/15/Constitucionalidad-de-las-sanciones-administrativas-en-materia-de-aguas.aspx?disp=1

Vallejo, R. (2016). Acerca del régimen supletorio de prescripción aplicable a las infracciones y sanciones administrativas. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, *47*(2), 281-301.

Van Weezel, A. (2017). Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo. *Política criminal*, *12*(24), 997-1043. Recuperado de http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A9.pdf

Verdugo, S. (2010). Control preventivo obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador. *Estudios Constitucionales*, *8*(1), 201-248.

Vermeule, A. (2016) *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press.

Normas

Chile. Decreto Nº 100, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República. Diario Oficial, 22 septiembre 2005.

Chile. Decreto con Fuerza de Ley Nº 1/19.653, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.575, Orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado. Diario Oficial, 17 noviembre 2001.

Chile. Decreto Ley Nº 3.538, Crea la Superintendencia de Valores y Seguros. Diario Oficial, 23 diciembre 1980.

Chile. Ley Nº 19.496, Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial, 7 marzo 1997.

Chile. Ley Nº 19.300, Aprueba Ley sobre bases generales del Medio Ambiente. Diario Oficial, 9 marzo 1994.

Chile. Ley Nº 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 mayo 2003.

Chile. Ley Nº 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 mayo 2003.

Chile. Ley Nº 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Diario Oficial, 26 enero 2010.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

Chile. Ley Nº 20.473, Otorga, transitoriamente, las facultades fiscalizadoras que indica a la Comisión señalada en el artículo 86 de la Ley N 19.300. Diario Oficial, 13 noviembre 2010.

Chile. Ley Nº 20.500, Sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública. Diario Oficial, 16 febrero 2011.

Chile. Ley Nº 21.000, Crea la Comisión para el Mercado Financiero. Diario Oficial, 23 febrero 2017.

Reino Unido. Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008. Asentimiento Real, 21 julio 2008.

Jurisprudencia

Chile. Corte Suprema. Sentencia Nº 24.994/2017, 17 de octubre 2017. Matus, J. (Redactor), Muñoz, S., Prado, A. (Firmantes). Sandoval, M., Quintanilla, A. (Disidentes).

Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia Nº 124/1991,18 de junio 1991. Jiménez, M. y Bulnes, L. (Redactores), Maldonado, L., Aburto, M., Urzúa, E., Cereceda, H., García, R. (Firmantes).

Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia Nº 244/1996, 26 de junio 1996. Jiménez, M. Bulnes, L., García, R., O., Jordán, S., Faúndez (Redactores) Colombo, J. (Prevención).

Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia Nº 480/2006, 27 de julio 2006. Correa, J. (Redactor), Cea, J., Colombo, J., Bertelsen, R., Vodanovic, H., Fernández, M., Venegas, M., Peña, M., Navarro, E.

Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia Nº 725/2008, 26 de junio 2008. Navarro, E. (Redactor), Colombo, J., R., Vodanovic, H., Correa, J., Venegas, M., Peña, M., Zúñiga, F. (Firmantes), Bertelsen, R. (Prevención).

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia Nº 766/2008, 26 de junio 2008. Navarro, E. (Redactor), Cea, J., Venegas, M., Peña, M., Fernández, M. (Firmantes), Correa, J., Fernández, F., Bertelsen, R. (Prevención).

Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia Nº 1.183/2008, 8 de enero 2009. Navarro, E. (Redactor), Cea, J., Bertelsen, R., Vodanovic, H., Fernández, M., Correa, J., Venegas, M., Fernández, F. (Firmantes).

Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia Nº 1.518/2009, 21 de octubre 2010. Navarro, E., Aróstica, I. (Redactores), Bertelsen. R., Vodanovic, H., Fernández, M., Peña, M., Fernández, F., Viera-Gallo, J. (Prevención), Carmona, C. (Disidente).

Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia Nº 2.381/2012, 20 de agosto 2013. Bronfman, A. (Redactor), Vodanovic, H., Peña, M., Fernández, F., Carmona, C., García, G., Brahm, M., (Firmantes), Aróstica, I. (Prevención).

Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia Nº 2.922/2015, 29 de septiembre 2016. Pozo, N. (Redactor), Letelier, C., Brahm, M., Vásquez, J. (Firmantes), Aróstica, I., Peña, M., Romero, J. (Prevenciones) García, G., Carmona, C., Hernández, D. (Disidentes).

Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia Nº 2.946/2015, 27 de diciembre 2016. Aróstica, I. (Redactor), Romero, J., Brahm, M., Letelier, C., Vásquez, J. (Firmantes), Carmona, C., Peña, M., Hernández, D. (Disidentes).

Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia Nº 3.958/2017, 26 de diciembre 2017. Aróstica, I., Brahm, M., Letelier, C., Vásquez, J., Romero, J., (Redactores), Peña, M. (Prevención), Aróstica, I., Brahm, M., Letelier, C., Vásquez, J., Carmona, C., García, G., Hernández, D. (Disidentes).

Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia Nº 4.012/2017, 18 de enero 2018. Aróstica, I., Peña, M., Brahm, M., Letelier, C., Vásquez, J. (Redactores), Romero, J. (Prevención), Carmona, C., García, G., Pozo, N. (Disidentes).

Estados Unidos de Norteamérica. Corte Suprema. Withrow v. Larkin, 421 U.S. 35, 16 abril1 975. White, J. (Redactor).



Estados Unidos de Norteamérica. Corte Suprema. FTC v. Cement Institute, 333 U.S. 683, 26 abril 1948. Black, H. (Redactor), Burton, H. (Disidente).

Fuentes documentales

Chile. Presidencia de la República (1991, 9 abril). *Formula observaciones y proporciona antecedentes relativos al requerimiento de inconstitucionalidad del D.S. Nº 143, de 1991, de Justicia*. Recuperado de http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=27525

Chile. Presidenta de la República (2014, 2 de junio). *Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores*. Recuperado de http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=9783&tipodoc=mensaje_mocion

Chile. Presidente de la Cámara de Diputados (2017, 26 de octubre). *Oficio N° 13.600 al Tribunal Constitucional, para control preventivo*. Recuperado de http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=22840&tipodoc=ofic

Chile. Superintendencia del Medio Ambiente (2018, 22 de enero). Resolución exenta Nº 85, aprueba Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales. Recuperado de http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/publicacion/doc_download/649-bases-metodologicas-para-la-determinacion-de-sanciones-ambientales-2017

Notas

[1] La norma, derogada por la Ley Nº 20.500, rezaba que las corporaciones podían ser disueltas por la autoridad que las legitimó o la ley, si comprometían "la seguridad o los intereses del Estado, o no corresponden al objeto de su institución."

[2] Lo mismo en Tribunal Constitucional, Sentencia Nº 766/2008, 26 de junio 2008; y Tribunal Constitucional, Sentencia Nº 1.183/2008, 8 de enero 2009.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

[3] Control concreto ante el TC, establecido en el artículo 93 Nº 6 de la Constitución. Requiere una gestión judicial pendiente en la que una disposición legal se declara inconstitucional, por lo que el precepto no puede ser eficaz en la gestión judicial en la que recae(es "inaplicable").

[4] En la actualidad, es atribución del TC: "Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, *antes de su promulgación"* (artículo 93 inciso 1º de la Constitución). Declarada la inconstitucionalidad de las disposiciones del proyecto, "no podrán convertirse en ley" (artículo 94 inciso 2º de la Constitución).

[5] Pionero en el tema, Becker (1968, 169 y ss.). Para una revisión de la literatura sobre sanciones óptimas, en español, puede verse Dávila, (2012, 87 y ss.); en Chile, específicamente para la tipicidad en las sanciones administrativas, empleando como método el análisis económico del Derecho, Londoño (2014, 587 y ss.).

[6] La Ley N° 20.473 tuvo por objeto regular la vacancia que se generó entre el cese parcial de la Ley N° 19.300 (25 de enero de 2010) y la entrada en vigor de la nueva regulación contenida en la Ley N° 20.417 (4 de marzo de 2013).

[7] La unidad tributaria mensual (UTM) es una cantidad de dinero que sirve como medida tributaria y para las multas, que se actualiza de acuerdo con la inflación. Al mes de marzo de 2018, su monto es de $47.301 pesos chilenos, equivalentes aproximadamente a $78 dólares estadounidenses.

[8] Así, en la Superintendencia del Medio Ambiente (Ley Nº 20.417), y la Comisión para el Mercado Financiero (Ley Nº 21.000).

[9] Que en su inciso 1º dispone: "Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio."

[10] Según el cual: "Los actos de la Administración Pública (...) causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

contrario o necesiten aprobación o autorización superior."

[11] En un seminario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, titulado "¿La muerte del Derecho administrativo sancionador?", verificado el 23 de enero de 2018, como reacción a la declaración de inconstitucionalidad del proyecto. A propósito de su rol en la redacción del mismo, dijo el Director del servicio: "Nosotros (...) trabajamos en un procedimiento administrativista (sic) que (...), sin lugar a duda, puede ser considerado *el más garantista que haya sido aprobado nunca* por el Congreso de la República, porque de hecho lo hicimos sobre la base del último (procedimiento administrativo sancionatorio aprobado por el Congreso), que era el último más garantista. Entonces, dijimos: 'sobre este, pongamos más garantías'."

[12] Señala el considerando: "Que, atendida la naturaleza de los contratos que median entre los proveedores comerciantes y los consumidores, desde el DL N° 280 de 1974, pasando por la Ley N° 18.223, hasta llegar a la actual Ley N° 19.496 (...), se encuentra arraigada la concepción de que la investigación y fiscalización de los ilícitos pertinentes se debe encomendar a una entidad administrativa, en tanto que su sanción y corrección ha de confiarse a los tribunales de Justicia. (...) Tal como sucede en el campo análogo de la libre competencia, donde asimismo se produce una nítida separación entre el rol fiscalizador de la Fiscalía Nacional Económica, servicio público descentralizado, y el rol sancionador y corrector del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (...). Y como no ocurre en otros ámbitos del orden público económico, donde se trata de cautelar la observancia de alguna legislación especializada y distinta a la contratación general regida por los códigos Civil y de Comercio, a objeto de asegurar la regularidad y continuidad de determinados servicios de utilidad pública, y que -por eso- podrían ameritar una regulación diferenciada."

[13] Artículo 83 de la Constitución, cuyo inciso 1º dispone que el "Ministerio Público, *dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito*, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado (...). *En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales*."

[14] Esto no significa que esté prohibido al legislador asignar en la judicatura

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9

dicha implementación (como acontece en materia de libre competencia en Chile), por ejemplo, en virtud de algún cálculo racional (Stephenson, 2005, 13 y ss.), sinoque no hay exclusividad del Poder judicial en la materia.

[15] Sunstein (1993, 18 y ss.) sostiene que la estructura constitucional estadounidense fue reformada por el *NewDeal* en dos sentidos: (i) mediante un asalto al sistema del *commonlaw*, basado en la convicción de que aquel reflejaba los principios anacrónicos, ineficientes e injustos del *laissez-faire* que, durante comienzos del siglo XX, fueron considerados parte de la Constitución; y (ii) la concentración del poder en la Presidencia de Estados Unidos como única institución capaz de responder a las necesidades ciudadanas.

[16] La misma cita, con otra fuente, aparece en Soto Velasco (2017, 332).

[17] Aludiendo a casos de corrupción por financiamiento ilegal de la política. Las empresas pagaban a políticos, que emitían a cambio un documento tributario (factura o boleta) por una prestación inexistente, lo que permitía a los financistas ilegales disponer de un crédito en contra del Fisco y descontarlo de sus declaraciones de impuestos. En Chile, el Servicio de Impuestos Internos, dependiente del Gobierno, monopoliza, por ley, la acción penal en su materia, que ha empleado selectivamente. Esto ha producido la opinión de que la persecución sólo se dirige en contra de quienes el Gobierno desea, bloqueando al Ministerio Público.

[18] Recientemente, la Corte Suprema ha dicho que la Administración, incluso cuando resuelve conflictos, no está sujeta al deber constitucional de imparcialidad ni es un verdadero juez. Corte Suprema, Sentencia Nº 24.994/2017, 17 de octubre 2017. En el mismo sentido, Quezada (2017, 60 y ss.).

[19] Con arreglo al cual: “La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte. (...) Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares (...), así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.”

[20] El problema fue la técnica de agrupación del proyecto, cuyo artículo 1º nu-

meral 52 ordenó sustituir ("Reemplázanse" pone el legislador) varios literales —de la a) a la g)— del artículo 58 actual de la LPDC que, en su letra f) habilita al SERNAC para recibir reclamos de consumidores y comunicarlos al proveedor para que este voluntariamente proponga soluciones. De producirse el arreglo, se generaba una transacción extrajudicial. El TC declaró inconstitucionales partes del artículo 1º, numeral 52 pero no tocó el enunciado que ordenaba el remplazo y, por lo mismo, se produjo, eliminándose el antiguo 58, y en consecuencia, la letra f) anterior.

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665 / DOI:10.22187/rfd2018n45a9



RECENSIONES

Recensión

Pablo Drews

Recensión de: Tradición e innovación en la historia intelectual. Métodos historiográficos. Faustino Oncina Coves (Ed.). Madrid: Marcial Pons (Biblioteca Nueva), 240 pág., 2013. ISBN: 9788499407357.

El libro *Tradición e innovación en la historia intelectual*, editado y coordinado por el profesor catedrático de la Universidad de Valencia, Faustino Oncina, compuesto por quince capítulos más la introducción, consiste en mostrar cómo operan las categorías de tradición e innovación en la dinámica de la historia intelectual, así como afirmar y defender que la historia intelectual se alimenta de diálogos multidisciplinares. Aunque este libro editado por Faustino Oncina no parece estar organizado bajo una subdivisión temática, al menos si nos detenemos a observar el índice en una primera instancia, en una segunda lectura más atenta y cuidada, se visualiza un orden temático cuyo hilo conductor parece ser una reflexión que se extiende desde los aspectos más estructurales de la Historia Conceptual como marco para pensar la historia intelectual, pasando por el diálogo de este enfoque con otras tradiciones intelectuales, hasta llegar a las aplicaciones de la Historia Conceptual y los diversos giros en la historia del pensamiento, como el pictórico y el biográfico. Tomando como referencia los temas indicados, presentaremos los aspectos más importantes del libro en tres grupos temáticos.

Reflexiones sobre la Historia Conceptual

El primer grupo temático lo encabezan la introducción y los primeros cuatro capítulos que reflexionan sobre diversos aspectos de la Historia Conceptual. La introducción, titulada “Historia Conceptual: ¿Algo más que en

Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga/UCUDAL - Facultad de Ciencias Humanas, Uruguay.
jodrews@alumni.uv.es

método?", escrita por Faustino Oncina, consiste en presentar no solo el enfoque de la Historia Conceptual, dando cuenta del estado actual de discusión internacional de esta, sino también este autor elabora una especie de mapa conceptual que sirve de guía para leer el libro en su conjunto. Uno de los aportes más importantes de Oncina reside en profundizar en las dimensiones y en los límites de las diferentes variantes de la Historia Conceptual, no solo como una disciplina metodológica, sino también como una teoría de la modernización. El primer capítulo en reflexionar sobre la Historia Conceptual, "Historia Conceptual interdisciplinar", pertenece al profesor del Centro de Investigación Literaria y Cultural de Berlín, Ernst Müller En este caso se trata de mostrar las posibilidades que ofrece la Historia Conceptual en la actualidad, indicando sus tendencias más relevantes, destacando la Historia Conceptual interdisciplinar, tendencia que desarrollan y trabajan en el Centro de Investigación Literaria y Cultural de Berlín. Por "conceptos interdisciplinarios" Müller entiende conceptos centrales que son usados en varias disciplinas y cuya semántica no se deja apresar de manera disciplinar ni controlar en su totalidad. De ese modo, conceptos como herencia, generación, sentimiento, código, medio, información, etc., que el autor pone como ejemplos, poseen una sobreabundancia de significados y por ello estos son tan controvertidos como productivos para la generación de un nuevo saber.

El segundo capítulo, "*Ex innovatio traditio/Ex traditio innovatio*. Continuidad y ruptura en historia intelectual", escrito por el profesor de la Universidad del País Vasco, Javier Fernández Sebastián, aborda una temática fundamental en la disciplina histórica que tiene un marcado anclaje filosófico: lo viejo y lo nuevo, ruptura y continuidad, como antítesis que le permiten al historiador poder dar cuenta de aquellos procesos de cambio y permanencia en el discurso de su disciplina. En concreto su propuesta consiste en reflexionar sobre distintas cuestiones metodológicas de esas polarizaciones, centrándose en el binomio tradición/innovación referido especialmente a la historia intelectual. Y para ello este autor se sirve de algunas herramientas heurísticas de la Historia Conceptual desarrollada por Koselleck, en especial su teoría de los tiempos históricos. A continuación nos encontramos con el trabajo presentado por Tomás Gil, de la Universidad Técnica de Berlín, titulado "Efectos negativos de innovaciones conceptuales". Si bien en este artículo el autor no menciona la Historia Conceptual de Koselleck, queda de manifiesto la utilización de dicha perspectiva en la medida en que su propuesta aborda un aspecto central de la Historia Conceptual: el efecto de las in-

novaciones conceptuales en la historia intelectual. Lo interesante en la propuesta de Gil es la "vuelta de tuerca" que hace en relación con las innovaciones conceptuales, pues analiza los obstáculos que estos pueden tener para desarrollar mejores accesos a la realidad en tres conceptos fundamentales: sustancia, causación y sobrevivencia. Con el título "Formas de pensar la temporalización y su transformación histórica. Una discusión con Reinhard Koselleck", de Falko Schmieder, del Centro de Investigación Literaria y Cultural de Berlín, nos encontramos con el último capítulo de este bloque temático en torno a aspectos esenciales de la Historia Conceptual. Schmieder busca presentar las distintas dimensiones del concepto de temporalización y sus problemas al interior de la obra de Koselleck. Para llevar adelante esta tarea, divide su artículo en tres partes: primero aborda las diferentes dimensiones históricas sobre dicho concepto en la obra de Koselleck; segundo analiza el significado de este concepto para la metodología y la teoría de la Historia Conceptual de Koselleck; y en tercer lugar investiga las nuevas discusiones sobre el concepto de temporalziación con el objetivo de actualizar, modificar o mejorar la teoría de Koselleck.

La Historia Conceptual y el diálogo con otras tradiciones del pensamiento intelectual

En el segundo bloque temático nos encontramos con un conjunto de artículos que, desde diferentes tradiciones, establecen un diálogo con la Historia Conceptual, en cuyos resultados podemos observar en qué medida este enfoque se ve mejorado, complementado o discutido. El primero de ellos, titulado "Acción e historia" del profesor de la Universidad Técnica de Dresde, Johannes Rohbeck, es un interesante artículo que investiga sobre el concepto de acción en la historia. Más en concreto, partiendo de la relación entre tiempo y memoria en las obras de Paul Ricoeur, el autor de este trabajo sostiene que la tarea de los historiadores y de los filósofos no consiste en describir la historia como un hecho de la realidad objetiva, sino darle un sentido. En una tónica casi similar, pero cambiando el enfoque intelectual, se sitúa el artículo de Ángel Prior Olmos, profesor de la Universidad de Murcia, titulado "Historia, conceptos y experiencia en Hannah Arendt". En este caso, se trata de un trabajo que analiza al detalle la relación entre conceptos y experiencias en la obra de Arendt, mostrando, además, en qué medida la propuesta de esta autora sobre cómo pensar a la historia se complementa con algunos aspectos esenciales de la Historia Conceptual de Koselleck.

El tercer artículo de este bloque temático: “Reflexiones sobre el estatuto de la historia de la filosofía”, de Ives Radrizzani, de la Academia Bávara de las Ciencias, podría aparecer como un trabajo aislado en este segundo bloque, dado que en un principio no queda claro que su enfoque consista en un dialogo con la Historia Conceptual. Sin embargo, Radrizzani en su reflexión sobre la historia de la filosofía establece, aunque no lo mencione, un dialogo con la Historia Conceptual al defender la posibilidad de la historia de la filosofía como historia de la aplicación de la filosofía. En otras palabras, la propuesta que se esboza en este artículo es la de ofrecer una vía intermedia sobre el estatuto de la historia de la filosofía que se mueve entre el reduccionismo historicista y el enfoque que entiende innecesario el vínculo entre filosofía e historia. A continuación, nos encontramos con el trabajo del director de la revista de estudios culturales, *La torre del Virrey*, Antonio Lastra. El artículo de este autor: “Micrología. Leo Strauss y la historia de la filosofía”, es un pertinente examen sobre la micrología de Strauss aplicado como estrategia para leer y escribir la historia de la filosofía y en concreto la historia de la filosofía política. La micrología se basa en la necesidad de leer la filosofía clásica y moderna de otra forma, a saber, prestando atención al arte de escribir sometido a la persecución, así como de contextualizar la recepción de la filosofía clásica y el desarrollo de la filosofía en Occidente cristiano, con la perspectiva de hacer frente a la crisis de la Modernidad. Tomando este marco conceptual de Strauss, Antonio Lastra dedica casi todo el artículo a poner ejemplos de este enfoque en autores diversos del campo filosófico.

El noveno capítulo del libro, que corresponde al quinto capítulo de esta separación temática que hemos establecido como guía para leer esta obra, se titula “Teoría del discurso y arqueología: Una lectura de Foucault en clave histórico-conceptual”, y pertenece al profesor de la Universidad de Padua, Gaetano Rametta. En este caso se trata de mostrar de qué manera el pensamiento arqueológico de Foucault puede proporcionar instrumentos útiles para una reconstrucción en clave histórico-conceptual de los acontecimientos intelectuales que han caracterizado la formación de la Europa moderna. Con este objetivo, el autor de este artículo reconstruye la Historia Conceptual de Koselleck y el pensamiento arqueológico de Foucault, mostrando al final una comparación entre ambas perspectivas, en donde se puede apreciar en qué medida ambos enfoques se pueden complementar, corregir o superar. De este modo, llegamos al último artículo de esta interesante temática que consiste en presentar diversos enfoques o corrientes de la historia intelectual, y que de algún modo u otro

estas establecen un diálogo crítico con la Historia Conceptual. En este caso se trata del artículo del profesor de la Universidad de Sevilla, Enrique Bocardo. Su trabajo, titulado: "El dogma de las intenciones ilocutivas", en enmarca en la tradición de análisis de los discursos de tradición anglosajona, cuyo paladín en el campo histórico es Quentin Skinner. Ahora bien, el argumento base que defiende Skinner para leer la historia consiste en indicar que, dado que los actos ilocutivos son actos gobernados por convenciones de un contexto de emisión, y estos contextos cambian a lo largo del tiempo, entonces no es posible identificar las mismas convenciones en diferentes contextos históricos. Frente a esta imposibilidad de narrar las continuidades de las ideas, o en términos de Skinner la *inaplicabilidad esencial del pasado*, la tarea que este último le propone al historiador consiste en hacer una historia de los distintos usos de las ideas que han hecho diferentes agentes en tiempos diferentes. Esta tarea es cuestionada en algunos puntos por Bocardo, quien intenta mejorar el enfoque de Skinner introduciendo el concepto de *concepciones* como forma de mirar el mundo en vez de convenciones.

Aplicaciones de la Historia Conceptual y los giros en la historia del pensamiento

La Historia Conceptual es una perspectiva metodológica que ha enriquecido la labor de los historiadores y filósofos, aunque también puede operar como teoría de la modernidad, como defiende Faustino Oncina. En relación con el aspecto metodológico son abundantes las innovaciones que ha introducido este nuevo enfoque. De alguno de estos da cuenta este libro. En ese sentido, en este tercer apartado queremos mostrar algunas de las aplicaciones actuales de la Historia Conceptual, así como algunos de los giros actuales en la historia del pensamiento. Siguiendo el orden del libro, empezamos por el artículo: "El giro pictórico, icónico o visual en la historia del pensamiento: El caso Warburg", de la profesora de la Universidad de Castilla- La Mancha, Karina Trielles. Si bien no resulta del todo adecuado afirmar la novedad del enfoque visual en la historia del pensamiento, dado que podríamos encontrar sobrados ejemplos en la historia del pensamiento, lo cierto es que este enfoque pictórico ha cobrado mayor notoriedad en la actualidad a través de la reactualización de pensadores-artistas como Aby Warburg. Karina Trielles nos ofrece en este artículo una muestra de cómo la obra de este autor es un claro ejemplo de este giro pictórico en la historia del pensamiento. El otro giro en la historia del pensamiento abordado en este libro es el *Biographical turn*. En

este caso se trata de un artículo escrito por Giovanna Pinna de la Universidad degli Studi del Molise, cuyo título es: "Biographical turn? Sobre el retorno de la biografía como método historiográfico". El objetivo de este trabajo no consiste en mostrar la novedad del estudio biográfico, dado que, por ejemplo, en la cultura anglosajona se cultiva desde hace mucho tiempo la escritura biográfica en diversos ámbitos, sino señalar que la biografía es una práctica elevada que incluye una autorreflexión sobre la biografía como género y como instrumento de conocimiento. A partir de estos supuestos el artículo se concentra en mostrar cómo operan estos últimos en la historiografía filosófica.

A continuación nos encontramos con el capítulo del profesor de la Universidad de Valencia, Juan de Dios de Bares Partal, cuyo título es "La historia conceptual de Koselleck y la historia antigua". En este caso se trata de utilizar la Historia conceptual como una disciplina historiográfica para comprender la historia antigua. En otras palabras, el propósito de Dios de Bares consiste en aplicar algunos aspectos importantes de la Historia Conceptual que ayuden a enriquecer la historia antigua. Y para lograr esto, Dios de Bares se apoya en el historiador alemán Christian Meier, uno de los referentes actuales en estudiar el mundo antiguo con la metodología de la *Begriffsgeschichte*. En continuidad con el estudio de la Antigüedad, aparece la interesante propuesta de Salvador Mas, profesor de la UNED, en cuyo título se explícita su propuesta: "El poeta Gottfried Benn visita el mundo dórico (pero se marcha pronto)". Se trata de un artículo que busca mostrar de una manera más auténtica todas las tensiones y las contradicciones de ese pasado, siendo el poeta Gottfried Benn y su palabra el ángulo más verosímil para decirlo. De ese modo, llegamos al último capítulo del libro y de este bloque temático, escrito por la profesora de la Universidad de Valencia, Elena Cantarino, con el título de "Genio de la historia para entenderla y para escribirla" Naturaleza y método de la historia en el Barroco español". De manera original, la autora de este escrito se propone revisar algunos aspectos sobre la naturaleza y el método de la historia que abordaron los autores de tratados políticos y de la tratadística histórica que publicaron sus obras durante los reinados de Felipe II (1556-1598), Felipe III (1598-1621) y Felipe IV (1621-1665).

De lectura amena y con una prosa precisa, siempre al servicio de la argumentación, *Tradición e innovación en la historia intelectual*, no se limita al corte metodológico apuntado en su subtítulo, sino que irradia aportes fundamentales para pensar intempestivamente este presente decaído que habitamos.

Revista de la Facultad de Derecho

Normas de estilo
Instrucciones para los autores

1. Temas de interés. La Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, es una publicación de carácter académico, arbitrada que tiene por objeto contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica y las ciencias sociales, promoviendo el análisis crítico y plural sobre temas relevantes de las diferentes áreas del Derecho.

La Revista se compone de las siguientes secciones: doctrina (investigaciones o artículos doctrinarios), jurisprudencia o norma comentada, artículos estudiantiles, recensiones e informaciones, estas dos últimas no arbitradas.

En cada una de ellas se aceptan trabajos inéditos, nacionales y extranjeros, de cualquier disciplina jurídica o social, en castellano, inglés o portugués.

2. Envío de originales. Los trabajos deberán ser inéditos. La Revista emplea métodos de detección de plagio.

Se enviarán en lengua castellana, en soporte electrónico, escritos en documento de texto word (.doc) u OpenDocument (.odt) a la dirección del correo electrónico de la Revista (editor@fder.edu.uy), de acuerdo al siguiente formato: interlineado sencillo, Arial 12, hoja A4, márgenes superiores e inferiores de 2,54 cm, márgenes izquierdo y derecho de 3 cm. Los trabajos no deberán tener menos de 12 páginas ni superar las 25, incluidas las notas, referencias, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título en castellano, inglés y portugués, nombre del autor o autores, filiación académica, identificador ORCID (Open Researcher and Contributor ID) y dirección de correo electrónico. En una segunda página se incluirán tres resúmenes, en castellano, portugués e inglés, de 200 palabras máximo cada uno y con al menos cinco palabras clave en los tres idiomas. Los trabajos presentados deben coincidir con la lengua materna del autor.

Nuestra revista no tiene ningún tipo de cargos para los autores, esto es, no hay costos por envío de artículos para evaluar, ni por procesamiento de artículos, ni por suscripción, ni cualquier otro tipo de costo.

3. Ética editorial y buenas prácticas. La Revista de la Facultad de Derecho adhiere a las normas éticas del Committee of Publication Ethics (COPE). Estos estándares tienen vigencia durante todas las etapas de los procesos de selección y publicación, y aplican sobre todos los participantes, entre los que cabe mencionar a los autores, revisores, editores y comité editorial. *Por mayor información, consulte COPE Best Practice Guidelines.*

4. Compromiso con el editor y copyright. El envío de un original supone el compromiso por parte del autor de no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. El envío de los originales al editor, supone que el autor o los autores de las colaboraciones ceden a la Revista los derechos de reproducción de los textos admitidos.

5. Proceso de publicación. Una vez recibidas las colaboraciones se efectuará un examen preliminar destinado a verificar el cumplimiento de las exigencias formales y el carácter de colaboración original, pertinente y de calidad. No existiendo observaciones en ese aspecto, se continuará el proceso.

La Revista someterá a arbitraje los trabajos recibidos mediante el sistema doble ciego, es decir, los revisores no conocen la identidad de los autores ni los autores la de los revisores, recurriéndose para ello a evaluadores externos a la Revista y de notoria idoneidad. Cada evaluador contará con un plazo de dos semanas para presentar por escrito su evaluación, en la que deberá manifestar si el trabajo reviste la calidad suficiente como para ser objeto de publicación en la Revista. En caso de opinión discordante de los evaluadores se solicitará una tercera evaluación. De acuerdo al resultado de ese arbitraje, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos, así como de indicar eventualmente al autor ciertos cambios, como condición para su publicación.

Normas sobre citas y referencias bibliográficas

El autor de un trabajo debe citar sus fuentes de información identificando el autor y fecha de publicación de los libros, revistas, tesis y otros documentos utilizados, en el cuerpo del texto. Este método de citar por autor-fecha [apellido, año de publicación] permite al lector localizar la fuente de información en orden alfabético, en la lista de REFERENCIAS al final del trabajo. Se debe, así mismo, incorporar él o los números de página en que aparece la cita. La cita directa se realiza entre comillas si es menor a 40 palabras. Si la cita es mayor a 40 palabras, debe realizarse en un bloque con sangría independiente del texto y no usar comillas.

Las citas y referencias bibliográficas, se harán de acuerdo con las normas APA (American Psychological Association) 6° edición. A continuación se presentan algunos ejemplos de uso de las normas y de las particularidades que incorpora la Revista.

Todas las líneas después de la primera línea de cada entrada en la lista de referencias deben tener sangría desde el margen izquierdo, la denominada sangría francesa.

a) Libros: Apellidos del autor/es, Inicial/es. (Año). *Título del libro* (Edición). Ciudad de publicación: editorial.

Howard, W. (2016). *Alimentos*. Montevideo: FCU.

b) Revistas: Apellidos del autor/es, Inicial/es. (Año). Título del artículo. *Título de la publicación*, *Volumen* (Número), pp-pp.

Blanco, A. (2012). Penas y estructura económica. *Revista de Derecho Penal*, (20), 139-143.

c) Capítulo o artículo en libro: Apellidos del autor/es, Inicial/es. (Año). Título del artículo o capítulo. En Iniciales/es. Apellidos del autor, editor o coordinador del libro, *Título del libro* (ed., pp-pp). Ciudad de publicación: editorial.

Loustaunau, N. (2010). Consejos de salarios. En J. Raso Delgue, H. Barreto Ghione, N. Loustaunau, *Las nuevas relaciones laborales en Uruguay* (pp. 73-120). Montevideo: FCU.

d) Artículo de revista electrónico con DOI (digital object identifier): Apellidos del autor/es, inicial/es. (Año). Título del artículo. *Título de la publicación*, *Volumen* (Número), pp-pp.

Abal Oliú, A. (2016). Clasificación de las resoluciones judiciales. *Revista de la Facultad de Derecho*, (40), 13-49. DOI: http://dx.doi.org/ 10.22187/rfd201612

Artículo de revista electrónico [doi (digital object identifier) no presente]: Apellidos del autor/es, inicial/es. (Año). Título del artículo. *Título de la publicación*, *Volumen* (Número), pp-pp. Recuperado de http://

Castronuovo, S. (2016). El rol de la Revolución Libertadora en el encarcelamiento de la militancia femenina peronista (1955-1958). *Revista de historia del derecho*, (51), 49-71. Recuperado de http://www.scielo.org.ar/ scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842016000100003&lng =es&tlng=es.

Referencias completas de Normas citadas. Se deberá considerar al final de las referencias bibliográficas, todas las referencias legales o normativas, ordenadas, bajo el título Normas. Dicho listado se limitará a las normas efectivamente citadas o referidas en el trabajo. Se indicará, en el caso de una ley:

País. Número de la ley y denominación oficial si la tiene. *Título de la publicación* en que aparece oficialmente, fecha (día, mes y año).

Uruguay. Ley Nº 18.987, Interrupción voluntaria del embarazo. *Diario Oficial*, 30 octubre 2012.

Referencias completas de Jurisprudencia citada. Se deberá considerar al final de las referencias bibliográficas, en un listado, todas las referencias jurisprudenciales, bajo el título Jurisprudencia. Dicho listado se limitará a las sentencias efectivamente citadas o referidas en el trabajo. Las sentencias se ordenarán alfabéticamente. En el listado final, se indicará:

País. Sede: Tribunal, Turno. Sent. N°/año, fecha (DD/MM/AAAA). Apellido, Inicial del Redactor, Apellidos, Iniciales integrantes del Tribunal, Apellido, Inicial. Miembro discordante (disc.)

Uruguay. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno. Sentencia Interlocutoria N° 189 /2011, 21 septiembre 2011. Simón, L. M. (Redactor), Fiorentino, B., Gradín, M. E. (Firmantes)

Se sugiere indicar además el volumen, año, secciones, página, DOI o URL, si corresponde.

En caso de citar jurisprudencia internacional, se empleará para su identificación el sistema propio de referencia que utilizan las cortes y tribunales de origen de la sentencia.

Estados Unidos. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)

En caso que una sentencia haya sido publicada por dos sedes editoriales distintas, el autor deberá citar exclusivamente aquella que utilizó en su trabajo.

Acerca de las Notas

La utilización de las notas de página se limitará a aclaraciones o precisiones de asuntos elaborados en el cuerpo del texto. Estas digresiones deberán reducirse al mínimo posible y por tanto serán redactadas en forma breve y concreta (hasta 50 palabras).

No deberán usarse para transcribir Referencias Bibliográficas.

Si refieren a fuentes consultadas y no citadas en el texto, que se considere útil sugerir para profundizar en el tema del artículo presentado, se incluirán en una lista de Bibliografía, al final del documento.

La lista de NOTAS se debe colocar en una página nueva, a continuación de las Referencias bibliográficas, en orden secuencial. Debe utilizarse la numeración automática del procesador de texto.

Utilice números arábigos como superíndices. Ejemplo: una nota[1]

Finalmente, se podrá incluir una BIBLIOGRAFÍA que contenga las fuentes consultadas y no citadas en el texto, que se considere útil para profundizar en el tema del artículo presentado.

La Revista declina cualquier responsabilidad sobre posibles conflictos derivados de la autoría de los trabajos que publica.

Revista de la Facultad de Derecho

Normas de estilo
Diretrizes para autores

1. Assuntos de interesse. A Revista de la Facultad de Derecho da Universidad de la República é uma publicação de tipo académico, arbitrada, que visa contribuir para o desenvolvimento da ciência jurídica e das ciências sociais, promovendo a análise crítica e plural de assuntos relevantes às diferentes áreas do Direito.

A revista é composto pelas seguintes secções: doutrina (pesquisas ou artigos doutrinários), jurisprudência ou legislação comentada, artigos de estudantes, comentários e informações as últimas dois sem arbitragem.

Em cada uma delas são aceitos trabalhos inéditos, nacionais e estrangeiros de qualquer disciplina jurídica ou social, em castelhano, Inglês ou Português são aceitos.

2. Envio de originais. Os trabalhos deverão ser inéditos, o jornal emprega métodos de detecção de plágio. Os trabalhos deverão ser redigidos em língua espanhola, em suporte eletrônico, escritos em formato de documento de texto word (.doc) ou Open Document (.odt) e encaminhados ao endereço de correio eletrônico da revista (editor@fder.edu.uy), conforme a seguinte formatação: espaço simples, Arial 12, papel A4, margens superiores e inferiores de 2,54 cm, margens esquerda e direita de 3 cm. Os trabalhos não deverão ter menos de 12 páginas nem superar as 25 incluídas as notas, referências, bibliografia e apêndices, se for o caso. A primeira página incluirá o título em português, castelhano e inglês, nome do autor ou autores, filiação acadêmica, identificador ORCID (Open Researcher and Contributor ID) e endereço de correio eletrônico. A segunda página deverá conter três resumos, em português, castelhano e inglês, máximo de 200 palavras cada um e com pelo menos cinco palavras-chave nas três línguas.

Os artigos submetidos devem corresponder à língua materna do autor.

Nossa revista não tem encargos, ou seja, não há custo para o envio de itens para avaliar, ou para artigos de processamento, ou por assinatura, ou qualquer outro custo.

3. Ética editorial e boas práticas. A Revista de la Facultad de Derecho segue os padrões éticos do Comitê de Ética da Publicação (COPE). Esses padrões são válidos durante todas as etapas dos processos de seleção e publicação e aplicam-se a todos os participantes, incluindo autores, revisores, editores e comitê editorial. *Para mais informações, consulte as Diretrizes de Boas Práticas do COPE.*

4. Compromisso com o Editor e copyright. O envio de um original supõe o compromisso por parte do autor de não submetê-lo simultaneamente à consideração de outras publicações periódicas. O envio dos originais ao Editor supõe que o autor ou os autores das colaborações cedem à revista os direitos de reprodução dos textos admitidos.

5. Processo de publicação. Uma vez recebidas as colaborações, será efetuada uma análise preliminar com a finalidade de verificar o cumprimento das exigências formais e o caráter de colaboração original, pertinente e de qualidade. Não existindo ressalvas nesse aspecto, continuará o processo.

A Revista submeterá à arbitragem os trabalhos recebidos por meio do sistema duplo-cego, isto é, os revisores não conhecem a identidade dos autores, nem os autores a dos revisores, utilizando-se para isto avaliadores externos à Revista e de notória idoneidade. Cada avaliador contará com um prazo de duas semanas para apresentar por escrito sua avaliação, na qual deverá manifestar se o trabalho reviste a qualidade suficiente como para ser objeto de publicação na Revista. Caso opinião discordante dos avaliadores, será solicitada uma terceira avaliação. Conforme o resultado dessa arbitragem, a Revista se reserva o direito de aceitar ou rejeitar a publicação dos trabalhos recebidos, assim como de indicar eventualmente ao autor determinadas mudanças, como condição para sua publicação.

Normas sobre citas e referências bibliográficas

O autor de um trabalho deve citar suas fontes de informação identificando o autor e a data de publicação dos livros, revistas, teses e outros documentos utilizados, dentro do próprio texto. Este método de citação por autor-data [sobrenome, ano de publicação] permite ao leitor localizar a fonte de informação em ordem alfabética, na lista de REFERÊNCIAS no final do trabalho. Deve-se, da mesma forma, incorporar os números de página em que a cita aparece. A cita direta é realizada entre aspas se ela for de menos de 40 palavras. Se a cita for maior a 40 palavras, deve ser realizada em um bloco com sangrado independente do texto e não usar aspas.

As citas e referências bibliográficas serão feitas conforme as normas APA (American Psychological Association), 6ª edição. A seguir, são apresentados alguns exemplos de uso das normas e das particularidades que a Revista incorpora.

Todas as linhas depois da primeira linha de cada entrada na lista de referências devem ter recuo desde a margem esquerda.

a) Livros: Sobrenomes do/s autor/es, Inicial/ais. (Ano). *Título do livro* (Edição). Cidade de publicação: editora.

Howard, W. (2016). *Alimentos*. Montevideo: FCU.

b) Revistas: Sobrenomes do/s autor/es, Inicial/ais. (Ano). Título do artigo. *Título da publicação*, *Volume* (Número), pp-pp.

Blanco, A. (2012). Penas y estructura económica. *Revista de Derecho Penal*, (20),139-143.

c) Capítulo ou artigo em livro: Sobrenomes do/s autor/es, Inicial/ais. (Ano). Título do artigo ou capítulo. Em Inicial/ais. Sobrenomes do autor, editor ou coordenador do livro, *Título do livro* (ed., pp-pp). Cidade de publicação: editora.

Loustanau, N. (2010). Consejos de salarios. Em J. Raso Delgue, H. Barreto Ghione, N. Loustanau, *Las nuevas relaciones laborales en Uruguay* (73-120). Montevidéu: FCU.

d) Artigo de revista eletrônico com DOI (Digital object identifier): Sobrenomes do/s autor/es inicial/ais. (Ano). Título do artigo. *Título da publicação*, *Volume* (Número), pp-pp. DOI:

Abal Oliú, A. (2016). Clasificación de las resoluciones judiciales. *Revista de la Facultad de Derecho*, (40), 13-49. DOI: http://dx.doi.org/10.22187/ rfd201612

Artigo de revista eletrônico [doi (Digital object identifier) não presente]: Sobrenomes do/s autor/es inicial/ais. (Ano). Título do artigo. *Título da publicação*, *Volume* (Número), pp-pp. Recuperado de http://

Castronuovo, S. (2016). El rol de la Revolución Libertadora en el encarcelamiento de la militancia femenina peronista (1955-1958). *Revista de historia del derecho*, (51), 49-71. Recuperado de http://www.scielo.org.ar/ scielo.php?script =sci_arttext&pid=S1853-17842016000100003&lng =es&tlng=es.

Referências completas de Normas citadas. Deverão ser inclusas, no final das referências bibliográficas, todas as referências legais ou normativas, ordenadas cronologicamente, sob o título Normas. Essa lista apenas conterá as normas efetivamente citadas ou referidas no trabalho. Em caso de uma lei, será indicado:

País. Número da Lei e denominação oficial, se a tiver. *Título da publicação* em que aparece oficialmente, data (dia, mês e ano).

Uruguai. Lei N. 18.987, Interrupción voluntaria del embarazo. *Diario Oficial*, 30 de outubro de 2012.

Referências completas de Jurisprudência citada. Deverão ser inclusas no final das referências bibliográficas, numa lista, todas as referências jurisprudenciais, sob o título Jurisprudência. Essa lista apenas conterá as sentenças efetivamente citadas ou referidas no trabalho. As sentenças serão ordenadas alfabeticamente. Na lista final, será indicado:

País. Foro: Tribunal, Vara. Sentença N.º/ano, data (DD/MM/AAAA). Sobrenome, Inicial do relator, Sobrenomes, Iniciais dos integrantes do Tribunal, Sobrenome, Inicial. Membro discordante (disc.).

Uruguai. Tribunal de Alçada no Cível da 5ª Vara. Despacho Interlocutório No. 189/2011, 21 de setembro 2011. Simón, L. M. (Relator), Fiorentino, B.,Gradín, M. E. (assinados).

Sugere-se indicar, ainda, volume, ano, seções, página, DOI ou URL, se corresponder. Caso uma sentença tenha sido publicada em dois meios diferentes, o autor deverá citar exclusivamente aquele que utilizou no trabalho.

Sobre as Notas

O uso das notas da página será limitado a esclarecimentos ou esclarecimentos de assuntos elaborados no corpo do texto. Essas digressões devem ser reduzidas ao mínimo possível e, portanto, serão escritas de forma breve e concreta (até 50 palavras).

Eles não devem ser usados para transcrever referências bibliográficas.

Se eles se referirem a fontes consultadas e não citadas no texto, o que é considerado útil para sugerir aprofundar o assunto do artigo apresentado, elas serão incluídas em uma lista Bibliográfica no final do documento.

A lista de NOTES deve ser colocada em uma nova página, seguindo as referências bibliográficas, em ordem sequencial. A numeração automática do processador de texto deve ser usada.

Use algarismos arábicos como sobrescritos. Exemplo: uma nota[1]

Por fim, pode-se incluir uma bibliografia que contenha as fontes consultadas e não citadas no texto, consideradas úteis para aprofundar o assunto do artigo apresentado.

A Revista declina qualquer responsabilidade por possíveis conflitos decorrentes da autoria das obras que publica.

Revista de la Facultad de Derecho

Style guidelines
Instructions for authors

1. Subjects of interest. The Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (The Law School Journal of the University of the Republic) is an academic publication aimed at contributing to the development of the Science of Law and the Social Sciences, by promoting the critical and plural analysis of relevant subjects within the different areas fields of study of our Law School.

The journal consists of the following sections: doctrine (or doctrinaire research articles), jurisprudence or commentary rule, student papers, reviews and information latter two not refereed.

Unpublished papers in any legal or social discipline are accepted for each of the sections.

In each of them unpublished, national and foreign works of any legal or social discipline, in Spanish, English or Portuguese are accepted.

2. Submission of originals. Papers must be unpublished.The Journal uses methods of detection of plagiarism. They must be submitted in English, in soft copy, in Word (.doc) or OpenDocument (.odt) format, to the journal's email address (editor@fder.edu.uy). The following format must be used: single spacing, Arial 12, A4 sheet, 2.54 cm top and bottom margins, 3 cm left and right margins. Papers must not be shorter than 12 pages nor exceed 25 pages in length, including notes, references, bibliography and appendices, if applicable. The first page must include the title in English, Spanish and Portuguese, author's name (s), academic affiliation, ORCID (Open Researcher and Contributor ID) and email of the author(s). The second page must include three abstracts, in English, Spanish and Portuguese, not exceeding 200 words each and with at least five keywords in the three languages.

Articles submitted must correspond to the mother tongue of the author.

Our magazine does not have any charges, that is, there is no cost for sending items to evaluate, or for processing articles, or by subscription, or any other cost.

3. Editorial ethics and good practices. The Revista de la Facultad de Derecho adheres to the ethical standards of the Committee of Publication Ethics (COPE). These standards are valid during all stages of the selection and publication processes, and apply to all participants, including authors, reviewers, editors and editorial committee. *For more information, see COPE Best Practice Guidelines.*

4. Commitment to the editor and copyright. Submitting an unpublished paper implies the author's commitment not to submit it simultaneously to other journals. Submitting a paper to the editor implies that the copyright to the paper is assigned to the journal, should the paper be accepted for publication.

5. Publishing process. Upon receipt of the submissions, a preliminary evaluation is carried out in order to ensure that each paper complies with the formal requirements and that it is an original, relevant paper of good quality. If there are no remarks in this respect, the process continues.

The journal submits all papers received to arbitration, applying a double blind system, in which revisers do not know the author's identity and vice versa, resorting to well-known and competent assessors external to the journal. Each assessor has two weeks to submit a written evaluation stating whether or not the paper meets the quality standards required for publication in the journal. In the event of conflicting evaluations by the assessors, a third evaluation will take place. The journal reserves the rights to accept or deny the publication of any submitted papers according to the arbitration's resolution, and to notify the author in due time of any changes required for the publication of the paper.

Guidelines for bibliographical referencing

Authors must cite their sources of information stating the name of the author and date of publication of books, journals, thesis and other documents used in the text itself. This method of citing by author-date [last name, year of publication] allows the reader to locate the source of information in alphabetical order, under the REFERENCES list at the end of the paper. The number of the page where the quoted text appears must also be included. The citation must be made between inverted commas if under 40 words. If the citation exceeds 40 words, it must be made in a free-standing indented block of text with no inverted commas.

Citations and bibliographical references must follow the APA (American Psychological Association) rules, 6th edition. Below are some examples of the

usage of these rules and specific variants used by the journal.

All lines after the first one in the references list shall be indented; this is known as the hanging indent method.

a) Books: Last name of author/s, Initial/s. (Year). *Title of work* (Edition). Location: Publisher.

Howard, W. (2016). *Alimentos*. Montevideo: FCU.

b) Journals: Last name of author/s, Initial/s. (Year). Title of article. *Name of Journal*, *Volume* (Number), pp.

Blanco, A. (2012) Penas y estructura económica. *Revista de Derecho Penal*, (20),139-143.

c) Chapter or article in a book: Last name of author/s, Initial/s. (Year). Title of article or chapter. In initial/s and Last names of author/s, book's editor or coordinator, *Title of work* (ed., pp.). Location: Publisher.

Loustaunau, N. (2010). Consejos de salarios. En J. Raso Delgue, H. Barreto Ghione, N. Loustaunau, *Las nuevas relaciones laborales en Uruguay* (pp. 73-120). Montevideo: FCU.

d) Electronic Journal article with DOI (digital object identifier): Author(s) surnames, initial(s). (Year). Article title. *Journal title*. *Volume number* (Issue number), page numbers. DOI:

Abal Oliú, A. (2016). Clasificación de las resoluciones judiciales. *Revista de la Facultad de Derecho*, (40), 13-49. DOI: http://dx.doi.org/10.22187/rfd201612

Electronic Journal article [without DOI (digital object identifier)]: Author(s) surnames, initial(s). (Year). Article title. *Journal title*. *Volume number* (Issue number), page numbers. Retrieved from http://

Castronuovo, S. (2016). El rol de la Revolución Libertadora en el encarcelamiento de la militancia femenina peronista (1955-1958). *Revista de historia del derecho*, (51), 49-71. Retrieved from http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script =sci_arttext&pid=S1853-17842016000100003&lng=es&tlng=es.

Full reference to cited legislation. At the end of the bibliographical references, all references to laws and regulations must be listed in chronological order, under the title "Legislation." Said list must be limited to the regulations that have been actually cited or referred to in the paper.

In the case of regulations, state:

Country. Number and official name if it has one. *Title of official publication*, date (day, month and year).

Uruguay. Law No. 18.987, Voluntary interruption of pregnancy. *Diario Oficial*, 30th, October 2012.

Full reference to case law. At the end of the bibliographical references, all references to case law must be given, in a list, under the title "Case Law." Said list will be limited to the judgements that have actually been cited or referred to in the paper. Judgements must be listed in alphabetical order. In the final list, state:

Country. Jurisdiction: Court, Term Judgement. No./year, date (DD/MM/YY). Drafter's Surname, Drafter's initial, Surnames, Initials of members of the Court, Surname, Initial. Discordant member (disc.)

Uruguay. Court of Civil Appeals 5th Term. Interlocutory Decision No 189/2011, 21 September 2011. Simón, L.M. (Drafter), Fiorentino, B., Gradín, M.E. (Signatories)

It is also recommended to state volume, year, sections, page, DOI or URL, if applicable. Where a judgement has been published by two different printing houses, the writer must only cite the one used in his paper.

About Notes

The use of page notes will be limited to clarifications or clarifications of matters elaborated in the body of the text. These digressions should be reduced to the minimum possible and therefore will be written in a brief and concrete way (up to 50 words).

They should not be used to transcribe Bibliographic References.

If they refer to sources consulted and not cited in the text, which is considered useful to suggest to delve into the subject of the article presented, they will be included in a Bibliography list at the end of the document.

The list of NOTES must be placed on a new page, following the bibliographic references, in sequential order. The automatic numbering of the word processor should be used.

Use Arabic numerals as superscripts. Example: a note[1]

Finally, a BIBLIOGRAPHY that contains the sources consulted and not cited. These may be included, if it is considered useful in order to deepen the subject of the article presented.

The Journal declines any responsibility for possible conflicts arising from the authorship of the works it publishes.